التنقيح
في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

الأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

«١٣١٧ - ١٤١٣ هـ»

الجزء ٣٦

مجموعة فقهية

البيع

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

مؤسسة الخوئي الإسلامية

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

من الآن إلى قيام يوم الدين

التنقيح

في شرح المكاسب

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

«١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ»

البيع

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي قدس سره

طبعة منقحة

مؤسسة الخوئي الإسلامية

الكلام في البيع

قال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) نقلاً عن المصباح أنّ البيع في الأصل مبادلة مال بمال(١). نقول : المالية تنتزع عن رغبة العقلاء في شيء وجلبهم له لأجل احتياجاتهم وأغراضهم الشخصية ، إذ الإنسان ليس كالحيوانات التي لا تحتاج في تعيّشها إلى كثير ممّا يحتاج إليه الإنسان من المسكن والملبس وغيرهما ، ولأجل رفع حوائجه يجلب شيئاً أو يرغب فيه فيقال : إنّه مال ، وتنتزع ماليته من جلبه له ورغبته فيه ، وهذا ظاهر .

وإنّما الكلام في منشأ إضافته إلى أحد وأنّه كيف يكون هذا المال مضافاً إلى أحد وذاك المال مضافاً إلى أحد آخر ليقع بينهما المبادلة ، وأنّ منشأ إضافته إليه ماذا في مثل قولنا : هذا مال زيد وذاك مال عمرو بحيث لو أتلفه يكون ضامناً له لصاحبه ، وأنّ المصحّح لها أي شيء .

فنقول : إنّ إضافة مال إلى شخص على قسمين :

الأوّل : أن تكون الاضافة إليه ذاتية من غير حاجة في إضافته إليه إلى شيء آخر ، ومن دون أن تكون من جهة أمر معدوم قد وُجد ، أو أمر موجود انعدم ، بل هو مضاف إليه بذاته ، وهذا كأعمال الشخص ، فإنّها مضافة إلى نفسه ذاتاً يعني أنّ له

---

(١) المصباح المنير : ٦٩ .

سلطنةً على أفعال نفسه ، له أن يوجدها وله أن لا يوجدها ، كما أنّ له أن يملّكها إلى الغير بأن يكون أجيراً له ، وله ألّا يملّكها للغير ، وهذا المنع كافٍ في المقام ، ولسنا بصدد إثبات أنّ أعماله ملك له ليرد عليه ما أوردوه في المقام ، بل المراد أنّ له السلطنة على أفعاله ، وهو يكفينا في المقام .

الثاني : أن تكون الاضافة غير ذاتية ، وهذه أيضاً على قسمين :

الأوّل : أن تكون الاضافة ابتدائية .

الثاني : أن تكون الاضافة ثانوية .

والمراد بالابتدائية هو عدم سبق إضافة عليها ، كما أنّ المراد بالثانوية ما سبقتها إضافة اُخرى أو إضافات متعدّدة .

والاضافة الابتدائية إمّا أصلية وإمّا تبعية .

أمّا الاضافة الأصلية فتكون بأحد أمرين على سبيل منع الخلو :

أحدهما : الحيازة ، فإنّ من حاز شيئاً ممّا لا مالك له كما إذا اصطاد سمكةً من الشط أو طيراً من الهواء فإنّه يُضاف حينئذٍ إليه عند العرف والعقلاء ، وليس لآخر أن يأخذه منه قهراً بدعوى أنّه لي ، فإنّه يعدّ من الظلم والجور ، مضافاً إلى ما ورد من أنّ من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له[1] وإن لم نكن نحتاج إلى الأخبار لثبوتها بسيرة العقلاء كما لا يخفى .

وثانيهما : الفعل والعمل ، وأمثلته كثيرة لاختلاف مالية المال بحسب الأماكن والأزمنة ، مثلاً الماء في الشط ممّا لا مالية له عند العقلاء ، وكذا الأخشاب في الأماكن التي يكثر فيها الخشب ، بل وكذا العود الذي له مالية في أماكننا لا مالية له في محلّه بوجه ، ولكن ينقلها الإنسان إلى الأماكن التي لا ماء أو لا خشب فيها

---

(١) ورد مضمونه في مستدرك الوسائل ١٧ : ١١١ / أبواب إحياء الموات ب١ ح٤ .

فإنّهما في غير مكانهما مال يجلبه العقلاء ، وإذا صارت مالاً في تلك الأماكن فهي مضافة إلى ناقلها ، والمنشأ في إضافة المالية إليه هو فعله وعمله الذي هو النقل ، هذا بحسب الأماكن .

وكذا يختلف بحسب الأزمنة ، وذلك كالثلوج فإنّها في أغلب البلاد كبلادنا أذربايجان ممّا لا مالية لها في الشتاء ، بل هي من الفضولات التي يخرجونها من أماكنهم ، وإذا فرضنا شخصاً جمعها وأبقاها إلى الصيف فإنّها تصير مالاً حينئذ ويرغب فيها العقلاء جدّاً ، وهي تضاف إليه ، والمنشأ في إضافة مالية الثلوج إليه هو إبقاؤه لها ، والابقاء فعل من أفعاله كما لا يخفى ، هذا .

وربما تكون الاضافة مستندةً إلى مجموع الحيازة والعمل كما هو مقتضى كونهما على نحو مانعة الخلو ، وذلك كما إذا حاز أخشاباً من الصحاري فعملها سريراً ، أو حاز حديداً فصنعه سكّيناً ، فإنّ مالية السرير حينئذٍ تضاف إليه لا محالة ، ومنشؤها مجموع حيازة الأخشاب وعمله ، نعم كانت الأخشاب قبل أن يعملها سريراً مالاً أيضاً ، وكان يضاف إليه حينئذٍ إلّا أنّها بعد جعلها سريراً تكون مالاً على حدة لاختلاف الأموال باختلاف صورها النوعية كما ذكرناه في بعض المباحث المتقدّمة(١)، هذا كلّه في الاضافة الابتدائية الأصلية .

وأمّا الابتدائية التبعية فهي كما إذا ملك الدابة أو غيرها ، فإنّ حملها مال مضاف إليه بالاضافة الابتدائية ـ إذ ليس من قبيل الاضافات الثانوية كالارث والمعاملة ـ إلّا أنّها غير أصلية كما في الأمثلة المتقدّمة ، بل تابعة لاضافة نفس الدابة إليه ، وكذا الدجاجة إذا باضت فإنّ بيضها له ، أو غرس أشجاراً فأثمرت ، وهكذا .

وأمّا الاضافة الثانوية فمنشؤها إمّا من الأُمور الخارجة عن الاختيار وإمّا

---

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٢٣٤ ، ٧٣٨ .

من الأُمور الاختيارية .

فالأوّل كالارث فإنّه موجب لاضافة مال مورّثه إليه وهو أمر قهري غير اختياري ، وكالوصية بناءً على أنّها من الايقاعات ولا تحتاج إلى القبول كما هو المختار وفاقاً للسيّد في العروة(١) وكالأوقاف فإنّ الوقف موجب لمالكية الموقوف عليه لمنافع الوقف بلا اختياره .

والثاني كالبيع وغيره من أبواب المعاملات والعقود التي لأجلها عقدنا الكلام وهذا أيضاً موجب لاضافة المال إليه ، إلّا أنّها ليست من الاضافات الابتدائية ، بل إنّما هي بعنوان ثانوي لسبق إضافة فيها لا محالة ، وإلّا فلا يصحّ بيعه كما لا يخفى .

والكلام في المقام إنّما هو في القسم الأخير ، أي فيما إذا كانت الاضافة ثانوية وبالاختيار كالبيع ونحوه من المعاملات ، وقد عرفت أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال لاختلاف الحاجات والأغراض ، مثلاً إذا فرضنا أحداً عنده قرصان من الخبز وآخر عنده وقية من اللحم فيحتاج صاحب اللحم إلى خبز ليشبعه مع اللحم وصاحب الخبزين إلى لحم ليتلذّذ بما يأكله ، فيتبادلان ويعطي أحد خبزيه إلى الآخر وهو يعطيه نصف ما بيده من اللحم ، فكلاهما يأكلان اللحم مع الخبز وترتفع حاجتهما وبه يحصل غرضهما ، أو يكون من عنده الأُرز محتاجاً إلى اللباس ومن عنده اللباس يحتاج إلى الأُرز فيتبادلان كما هو مرسوم في بعض القرى والبوادي فعلاً ، فترى أنّه يدفع إلى الخبّاز أو القصّاب بيض دجاجة أو حنطة فيأخذ منه الخبز أو اللحم .

وكان احتياجهم إلى تبديل أموالهم من لدن زمان آدم إلى يومنا هذا ، فإنّ الحاجات مختلفة والأغراض متشتّتةٌ ، واستمرّت عادتهم على ذلك برهةً من الزمان

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٥٩ المسألة ١ [٣٨٩٩] .

إلى أن بنى العقلاء في معاملاتهم على أخذ الأشياء بالأثمان فاخترعوا الدرهم والدينار من أجل انضباط مالية الأموال وتسهيل الأمر على الناس حتّى يقاس مالية كلّ مال إلى الدراهم والدنانير ليعلم مقدار ماليته ، إذ قبل اختراعهما كانت مالية الأموال غير منضبطة بل كان مقدارها معلوماً بالمقايسة إلى الأُرز تارةً وإلى شيء آخر تارةً أُخرى ، مثلاً كان منّ من الأُرز يسوى بكذا مقدار من الحنطة وبكذا مقدار من الرطب وبكذا مقدار من الألبسة والظروف ، وهذا كما ترى أمر صعب ولا انضباط فيه ، ولأجله اخترعوا الدراهم والدنانير فيقاس مالية كل مال بالاضافة إليهما ، هذا .

ثمّ إنّ العوض والمعوّض ربما يكون كلاهما من قبيل العروض ، وأُخرى يكون كلاهما من قبيل الأثمان وثالثةً يكون أحدهما من العروض وثانيهما من الأثمان .

ومثال الأوّل قد ظهر من مطاوي كلماتنا ، بأن يدفع مقداراً من الحنطة ويأخذ مقداراً من اللحم .

والثاني كمعاملات الصرّافين فإنّهم يأخذون الثمن كالريال الايراني ويدفعون في مقابله الثمن أيضاً كالدينار العراقي .

والثالث كما إذا دفع ديناراً أو درهماً وأخذ شيئاً من العروض كالألبسة والأغذية .

وحينئذ يقع الكلام في أنّ البيع يشمل جميع تلك الأقسام أو يختصّ ببعضها دون بعض .

فنقول : قد عرفت أنّ الكلام في المقام إنّما هو في الاضافة الثانوية التي تنشأ عن أُمور اختيارية وهي أبواب المعاملات ، وأمّا ما تنشأ عن أُمور غير اختيارية فبيان أحكامها موكول إلى محلّه .

ومن جملة تلك الاضافات الثانوية التي تنشأ عن الأُمور الاختيارية هو البيع ، وكان الأولى أن نتعرّض إلى أحكامه من دون إطالة الكلام في بيان ما قيل في تعريفه من الإشكال والجواب كما هو سيرتنا دائماً حيث لا نتعرّض في المباحث إلى ما لا فائدة فيه ، ومنه التعاريف المذكورة في الكتب فإنّها ممّا لا يترتّب على تحقيقها شيء .

ولكن لمّا كان لخصوص البيع أحكامٌ مختصّة كخيار المجلس ولزوم العلم بالكيل والوزن فيما إذا كان المبيع ممّا يكال أو يوزن ، احتجنا إلى بيان مفهومه وتحقيقه على نحو يمتاز عمّا عداه من المعاملات ، ولأجل ذلك ذكرنا مقدّمةً أنّ العوض والمعوّض في البيع إمّا أن يكون كلاهما من قبيل العروض والأجناس وإمّا أن يكون كلاهما من قبيل الأثمان والدرهم والدينار وإمّا أن يكون أحدهما من الأجناس والعروض وثانيهما من قبيل الأثمان والفلوس كما هو المتعارف بين الناس ، ويقع الكلام حينئذ في أنّ مفهوم البيع شامل لجميع هذه الأقسام أو أنّه يختصّ ببعض دون بعضها الآخر .

فإذا عرفت ذلك فنقول : مفهوم البيع مفهوم عقلائي يعرفه كلّ واحد من الناس لارتكاز معناه في أذهانهم من غير اختصاص ذلك بالعرب ، لأنّه مفهوم دائر بين جميع أفراد الناس عرباً كان أو غيره ، غاية الأمر أنّهما يختلفان في التعبير عنه بحسب اختلاف ألسنتهما ، فيعبّر العربي عن ذلك المفهوم الارتكازي المعلوم بالبيع والعجميّ بفروختن وثالث بلغة أُخرى .

ثمّ إنّه لو شككنا في شيء لا نشكّ في أنّ البيع اسم لما يقابل الاشتراء ، وليس اسماً عند العرف لكلّ من البيع والاشتراء في شيء من اللغات ، فالبيع ويعبّر عنه في الفارسية بـ« فروختن » إنّما هو فعل البائع ويعبّر عن فعل المشتري بـ« خريدن » أي الاشتراء لا أنّ البيع اسم لفعلهما معاً وإلّا فلا يبقى معنى للاشتراء . والبائع هو من

يكون نظره إلى حفظ مالية ماله برفع اليد عن خصوصية ما بيده كما هو المشاهد من حال التجّار فإنّ التاجر نظره دائماً إلى أنّ رأس ماله أيّ مقدار ولا نظر له إلى خصوصيات ما في دكّانه من القند والسكّر وغيرهما من الأجناس ، والمشتري على عكس ذلك ، فإنّ غرضه هو خصوصية ما يأخذه بدفع ماليته إلى البائع ولا نظر له إلى مالية ما يأخذه حتّى أنّه لو فرضنا أنّ البائع دفع إليه جنساً آخر يساوي قيمته قيمة ما يطلبه المشتري لا يقبله بوجه ، لعدم كون نظره إلى مالية ماله ، بل نظره إلى خصوصية ما يأخذه ، فلا يقبل الأُرز عوضاً عن الدبس مثلاً .

والمدّعى أنّ البيع اسم لفعل البائع فقط يعني عبارة عن رفع اليد عمّا بيده والتحفّظ بمالية ماله ، لا أنّه اسم للأعمّ منه ومن فعل المشتري ، ولذا إذا اشترى عباءً بدينارين مثلاً لا يصحّ له أن يقول بعت دينارين بالعباء كما لا يصحّ للبائع أن يقول اشتريت دينارين بالعباء فإنّه ممّا يضحك عليه العرف قطعاً ، بل الصحيح أن يقول اشتريت عباء بكذا ويقول البائع بعت عباءً بدينارين .

وعليه فتعريف صاحب المصباح(١) للبيع بأنّه مبادلة مال بمال لشموله لفعل المشتري أيضاً يحمل على المسامحة والتعريف اللفظي كما هو دأب اللغويين دائماً لأنّهم ليسوا في مقام التعريف الحقيقي ، فلذا تراهم يقولون السعدانة نبت مع أنّه لا اطراد فيه كما لا يخفى .

والمتحصّل : أنّ البيع على ما نشاهده في زماننا هذا إنّما هو عبارة عن فعل البائع فقط ، أعني التحفّظ على مالية ماله ورفع اليد عن خصوصيته ، في مقابل فعل المشتري الذي هو عبارة عن الاشتراء والأخذ بخصوصية المال كما عرفت وباستصحاب عدم النقل إلى زمان المعصومين والنبي (عليهم السلام) والمستعملين

---

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ٣ .

والواضعين يثبت أنّ البيع موضوع لخصوص فعل البايعين دون المشترين ، وعلى هذا فالبيع شامل بمفهومه لصورة كون أحد العوضين عرضاً والآخر ثمناً ، لأنّ صاحب العرض يتحفّظ على ماليته برفع اليد عن خصوصية العرض في مقابل فعل المشتري وأخذه بالخصوصية ورفع اليد عن المالية ، وقد عرفت أنّ تعريف المصباح للبيع بأنّه مبادلة مال بمال تعريف لفظي ، لأنّه كما عرفت عبارة عن إعطاء العرض والأخذ بماليته كما لا يخفى ، ولعلّه أراد من ذلك أمراً آخر سنشير إليه إن شاء الله تعالى .

وأمّا صورة كون كل واحد من العوضين من قبيل العروض فهي على قسمين :

إذ ربما يكون أحد العرضين عوضاً عن الثمن والمالية كما إذا أراد شراء كتاب بدينار ولم يكن عنده ذلك فدفع العباء عوضاً وبدلاً عن الدينار في مقابل الكتاب وهذا في الحقيقة من قبيل الصورة الأُولى ، والمعاوضة إنّما وقعت بين عرض وثمن فدافع الكتاب هو البائع حقيقةً ، لأنّه رفع اليد عن خصوصية ماله وتحفّظ على ماليته التي هي الدينار ، إلّا أنّه لمّا لم يكن موجوداً فأخذ العباء عوضاً عنه ، لأنّه يسوى ديناراً واحداً مثلاً ، كما أنّ دافع العباء هو المشتري لأخذه بالخصوصية على ما عرفت تفصيله آنفاً ، فالبيع بما له من المفهوم شامل لها كما لا يخفى .

وأُخرى لا يكون شيء منهما عوضاً عن الثمن بوجه بل يعطي أحدهما باستقلاله ويأخذ بالآخر كذلك ، كما أنّ الثاني يعطي أحدهما ويأخذ بالآخر ، وهذا خارج عن حقيقة البيع ـ والشاهد على ذلك أنّه إذا أبدل شخص داره بدار أُخرى ثمّ سئل : هل بعت دارك ؟ يقول في الجواب : أبدلتها بدار أُخرى ولا يجيب بأنّي بعت داري كما لا يخفى ـ إذ لم يأخذ أحدهما بالمالية ويرفع اليد عن الخصوصية بوجه ليكون ذلك فعلاً للبائع في مقابل المشتري ، وقد عرفت أنّ البيع هو عبارة عن فعل البائع وهو غير متحقّق في المفروض بل كلّ واحد منهما أخذ بخصوصية المال وكلّ ما

صنعه أحدهما صنعه الآخر أيضاً ، فهما على وتيرة واحدة كالأخوين . ولا يمكن أن يقال إنّ هذا بائع وذاك مشترٍ لأنّه ليس بأولى من عكسه ، والعجب من شيخنا الأُستاذ[1] (قدّس سرّه) حيث إنّه ذكر أنّ أحدهما لا بعينه بائع في هذه الصورة وأحدهما الآخر لا بعينه مشترٍ ولا تعيّن لشيء منهما في الواقع .

وفيه : أنّا ذكرنا مراراً أنّ أحدهما لا بعينه لا مصداق له خارجاً ، فهو معاملة مستقلّة يمكن تصحيحها بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[3] ولا يكون بيعاً ، بل هي التي ينبغي أن يقال إنّها مبادلة مال بمال التي ذكرنا أنّها ليست تعريفاً للبيع حقيقة .

ولعلّ مراد صاحب المصباح بقوله : وهو في الأصل مبادلة مال بمال ، أنّه في الابتداء كان البيع بينهم بمبادلة مال بمال وعرض بعرض لما أشرنا إليه سابقاً من أنّهم كانوا يتبادلون مالاً بمال ثمّ بعد ذلك اخترعت النقود ، لا أنّ المراد بالأصل في كلامه هو اللغة كما ذكره بعض المحشّين وإلّا لكان عليه أن يذكر في كلّ كلمة يفسّرها أنّها في اللغة كذا ، مع أنّه بنفسه من كتب اللغة فلا معنى لأن يقال إنّه في اللغة كذا .

وأمّا الصورة الثالثة ، أعني ما إذا كانت المعاوضة بين ثمنين اللذين هما متمحّضان في المالية ، فهي أيضاً على أقسام فربما تكون المعاوضة بين مثل الأوراق النقدية الايرانية (اسكناس) والأوراق النقدية العراقية في العراق ، فإنّ حكمها حينئذٍ حكم الصورة الأُولى ، إذ الأوراق الايرانية في مملكة العراق لا تعدّ من الأثمان ، وإنّما هي أثمان في مملكة ايران ، ووزانها في العراق كوزان القند والسكّر

---

(١) منية الطالب ١ : ١٦٩ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

وغيرهما من الأجناس ، فهي بمنزلة العروض ، وإنّما تباع وتشترى بما أنّها من العروض وثمنها هو الأوراق العراقية وهذه الصورة ممّا يشمله البيع بما له من المفهوم .

وأُخرى تكون المعاوضة بين مثل دينارين في العراق أو تومانين في إيران ممّا يعدّ كلّ واحد منهما من الأثمان في ذاك المكان كما إذا دفع إلى الصرّاف ورقة دينارية وأخذ ورقة دينارية أُخرى ، لأنّ الأُولى كانت خلِقة والثانية جديدة . وهذه أيضاً خارجة عن البيع مفهوماً ، إذ لم يرفع أحدهما يده عن خصوصية ماله بالتحفّظ على مالية ماله في مقابل أخذ الآخر بالخصوصية ، بل نسبة المعاوضة إلى كلّ واحد منهما على حدّ سواء ، ولا يمكن أن يقال هذا بائع وذاك مشترٍ ، لعدم أولويته من العكس .

وثالثة تقع المعاوضة بين مثل ورقة دينارية وبين أربعة أوراق أرباعية ، كما إذا دفع إلى الصرّاف ديناراً فدفع إليه أربعة أرباع ، فإنّها أيضاً كسابقتها دفع للمال في مقابل المال والثمن في مقابل الثمن غاية الأمر أنّ أحدهما ورقة مالية انضمامية وثانيهما أوراق مالية تفصيلية مجزّاة ، ونسبة المعاملة حينئذٍ أيضاً إلى كلّ واحد منهما على حدّ سواء ، وهذه كلّها خارجة عن البيع بما له من المفهوم ، هذا كلّه في شمول مفهوم البيع للأقسام الثلاثة وعدمه .

اختصاص المبيع بالأعيان

وأمّا الكلام في متعلّق البيع ـ أي المبيع ـ هل يختصّ بالأعيان أو يعمّها والمنافع فملخّصه : أنّ المبيع لا إشكال في اختصاصه بما إذا وجد في الخارج كان من الأجسام شاغلاً للحيّز بمقداره وشاملاً للأبعاد الثلاثة ، أعني العرض والطول والعمق كما هو معنى الجسم ، وهذا هو المراد من الأعيان ، لا الموجود الخارجي فعلاً كما هو واضح . ولا يتعلّق البيع بالمنافع وإنّما يتعلّق بها الاجارة وهو المايز بينهما كما لا يخفى .

ثمّ إنّ المراد بتعلّق البيع بالأعيان وتعلّق الاجارة بالمنافع ليس هو تعلّقهما بهما في صيغتي الاجارة والبيع حتّى يورد كما اُورد بأنّ الاجارة أيضاً تتعلّق بالأعيان فكما نقول بعتك هذه الدار كذلك نقول آجرتك هذه الدار ولا يتعلّق الاجارة بالمنافع ولا يصحّ أن يقال آجرتك منفعة هذه الدار، إذ المنافع لا تتعلّق الاجارة بها بوجه بل المراد من تعلّق البيع بالأعيان وتعلّق الاجارة بالمنافع أنّ مفهوم البيع هو تمليك الأعيان كما أنّ مفهوم الاجارة عبارة عن تمليك المنافع فالتمليك في البيع يتعلّق بالأعيان، وفي الاجارة يتعلّق بالمنافع، فالبيع والتمليك نظير الأمر والطلب، فإنّ الأمر يتعلّق بالماهية والطلب يتعلّق بإيجاد الماهية لأنّ الايجاد مأخوذ في مفهوم الأمر، إذ معناه طلب الايجاد فلا معنى لتعلّقه بالايجاد.

كما أنّ المراد بالمنافع ليس هو فعل المستأجر كسكناه وركوبه ونحوهما حتّى يقال كما قيل إنّ أفعال المستأجر مملوكة له بحسب طبيعته وليست ممّا يدخل في ملك المؤجر ليملّكها للمستأجر بالاجارة، ولا معنى لتمليك المؤجر للمستأجر ما هو مملوك له بنفسه، فأيّ معنى لتمليكنا سكنى المستأجر له أو ركوب دابّته ونحوهما، إذ أفعال الغير خارجة عن تحت ملكيّة المؤجر فكيف يملّكه ما لا يملكه هو بنفسه، ولا معنى لاعطائه ما هو فاقد له كما هو واضح.

بل المراد أنّ الأعيان كما أنّها مملوكة لمالكها كذا جهاتها وحيثيّاتها داخلة تحت ملك مالكها، ومن جملة جهات الدار وحيثياتها سكناها، وجهات الدابة ركوبها، لأنّ الركوب والسكنى كما يتعلّقان بالساكن والراكب (أعني المستأجر) كذلك لهما تعلّق بالمركوب والدار ولهما إضافة إليهما، وهذا التعلّق والاضافة من متعلّقات العين ومن إضافاتها، وقد ذكرنا أنّ الأعيان كما هي داخلة تحت ملك ملّاكها كذلك إضافاتها وجهاتها وحيثياتها داخلة تحت ملك ملّاك الأعيان على ما عرفت؛ فلصاحب العين أن يملّك المستأجر أو غيره جهة من جهات ماله، كما أنّ له

تمليك جميع جهاته .

وبالجملة : أنّ التمليك ربما يكون مقيّداً ببعض الجهات وأُخرى مطلقاً ومن جميع الجهات ، فعلى الأوّل لا يفيد إلّا تمليك تلك الجهة كما أنّه على الثاني يفيد تمليك جميع الجهات ، فلمالك الدار أو الدابّة أن يملّك سكنى داره وركوب دابته بما هما من متعلّقات ملكه ، إذ قد عرفت أنّ للسكنى وللركوب ولغيرهما من انتفاعات الأعيان تعلّقاً بالمستأجر ، وتعلّقاً آخر وإضافة أُخرى بالأعيان وهي ملك لملّاكها ، والغرض من إجارتها وتمليك تلك الجهات والحيثيات للمستأجر أن يقع فعله الراجع إليه ممّا هو مملوك له على النحو الحلال ، وبذلك يرتفع الإشكال كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ المبيع يختصّ بالأعيان ولا يعمّها والمنافع وإن ورد إطلاق البيع على تمليك المنافع في بعض الأخبار كما نقلها شيخنا الأنصاري[١] (قدّس سرّه) إلّا أنّها مبنيّة على المسامحة كما هو ظاهر .

ثمّ إنّ المراد بالعين ما يقابل المنفعة وهو كلّ ما يحتاج وجوده إلى حيّز ، فلا يشترط في العين أن تكون موجودة في الخارج ومشخّصة حين البيع ، بل كما يتعلّق البيع بالموجود المشخّص الخارجي كذلك يتعلّق بالكلّي في المعيّن كبيع صاع من صبرة موجودة في الخارج ، وبالكلّي في الذمّة ، وهذا أيضاً ربما يكون في ذمّة نفسه بأن يبيع له عشرة أمنان من الحنطة ، وأُخرى يكون في ذمّة الغير كما إذا كان له دَين في ذمّة الغير كمنّ من الحنطة فباعه من عمرو ، والفرق بينه وبين الأوّل أنّ المبيع في الثاني ملك له في ذمّة الغير وفي الأوّل ليس ملكاً له وإنّما له السلطنة عليه كسلطنته على أفعاله .

---

(١) المكاسب ٣ : ٧ .

وأمّا ما في بعض الحواشي(١) تبعاً للنراقي في عوائده(٢) من أنّ الملكية من الأعراض وهي إنّما تتحقّق وتقوم بالأُمور الوجودية المتحقّقة في الخارج ولا معنى لقيامها بما لا وجود له خارجاً ، فمندفع بما ذكرناه في الأُصول من أنّ الملكيّة من الأُمور الاعتبارية المحضة وليست من قبيل المقولات العرضية بوجه ولا ممّا هو فوق المقولات كملك الله تعالى للعالم ، بل إنّما هي أمر اعتباري محض ، فهي كما يمكن اعتبارها في الموجود الخارجي كذلك يمكن اعتبارها في المعدوم خارجاً كالكلّي ، كما يمكن اعتبارها فيما إذا كان المالك معدوماً خارجاً كما إذا كان كلّياً كالفقراء في باب الزكاة وكلّي السادة في سهم السادة فإنّهما ملك كلّي الفقراء والسادة ، أو كالبطون في الأوقاف مع أنّها غير موجودة خارجاً ، هذا .

ونزيد ذلك توضيحاً فنقول : الملكيّة على ثلاثة أقسام :

إحداها : الملكية الواقعية والسلطة الحقيقية والاحاطة التامّة المعبّر عنها بالاضافة الاشراقية ، وهي مختصّة به (تعالى) ولا تتحقّق في غيره ، لأنّه محيط بجميع ما في العالم إحاطة تامّة لا يشذّ عنها شيء ، وجميعها في قبضته ولا يمكن الفرار من حكومته وهو موجدها وخالقها ، وهذه الملكية هي الاضافة القيّومية في الحقيقة لقيام غيره به (تعالى) حدوثاً وبقاءً بحيث لو انقطعت تلك الاضافة آناً ما لانعدمت الموجودات الخارجية بأسرها وكأنّها لم تكن شيئاً مذكوراً ، حيث إنّ تلك الموجودات بأنفسها وبذاتها متدلّيات به (جلّت عظمته) ، وبانقطاع الفيض الايجادي منعدمة محضة كما هي مقتضى ذاتها .

ومَثَل تلك الملكية والاضافة مثل النفس بالنسبة إلى صورها ، فإنّها تقوم

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ١٢ .

(٢) عوائد الأيّام : ٣٨ .

بالنفس واختيارها بيدها حدوثاً وبقاءً بحيث لو غفلت عنها في زمان ولو بآن لم يبق من الصور أثر ، وهذه شبيهة من جهة للإضافة الاشراقية وتقريب لها توضيحاً وإلّا فبينهما بون بعيد ولا يمكن قياسها بها .

ثمّ إنّ هذه الملكية الاشراقية شاملة لجميع الملّاك والأملاك والأشياء والسموات والأرضين وغيرها كما هو ظاهر ، وهي خارجة عن مقولة الجواهر والأعراض أي المقولات الحقيقية ، لأنّها كما عرفت إيجاده تعالى ، والوجود والايجاد خارجان عن الجواهر والمقولات كما لا يخفى ، مضافاً إلى أنّه (تعالى) لا يمكن أن يقع معروضاً لشيء من الأعراض وهذا واضح .

و **ثانيتها** : الملكية المقوليّة المعبّر عنها بالجدة وهي إحدى المقولات العرضية وعبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم كالتلبّس والتعمّم والتنعّل وغيرها ، فإنّ للعاري هيئة وللمتلبّس هيئة أُخرى وللمتعمّم هيئة ثالثة وهكذا وهذه من الأعراض كما أشرنا إليه آنفاً .

و **ثالثتها** : الملكية الاعتبارية التي هي محلّ الكلام في المقام ، وهي ليست من الأعراض والمقولات ليحتاج تحقّقها إلى تحقّق معروضاتها خارجاً ، لأنّ الأعراض تابعة لوجود معروضاتها ، بل إنّما هي أمر فرضي للعقلاء وأمضاه الشارع أيضاً مثلاً يفرضون المشتري بعد الايجاب والقبول محيطاً بالمبيع وذا هيئة حاصلة من إحاطته به ، وهذا كما تراه فرض واعتبار وإلّا فلا شيء خارجاً متحقّقاً بذلك الفرض ، وكيف لا مع أنّ المبيع ربما يكون بعيداً عن المشتري وكيف يكون محيطاً به خارجاً كما إذا كان المشتري في المغرب والمبيع ملكاً في المشرق مثلاً ، وبالجملة إنّها أمر اعتباري شرعي ، ويمكن أن يكون طرف إضافتها كليّاً غير موجود في الخارج فعلاً كما يمكن اعتبارها مع كون طرفها موجوداً خارجاً ، وطرف إضافتها هو المالك والمملوك ، وقد عرفت أنّ كلّ واحد من المالك والمملوك ربما يكون كلّياً لا وجود له

خارجاً ، هذا .

ثمّ إنّه يقع الكلام في المراد بالمبادلة في تعريف المصباح ولا يخفى أنّه ليس غرضنا الإشكال على المصباح لأنّ تعريفه تعريف لفظي لا تنبغي المناقشة فيه ، إلّا أنّا نريد أن نبيّن حقّ الكلام في المقام فنقول : إنّ المراد منها ليس هو مطلق المبادلة وإلّا لكان مثل تبديل ما في أحد الرفّين من الكتب بما في الآخر بيعاً ، وكذا في مثل تبديل العباء بعباء آخر في اللبس فإنّها أيضاً مبادلة ، بل المراد بالمبادلة هو المبادلة بين المالين في الاضافة ، بأن يصير المال المضاف إلى البائع بأحد أنحاء الاضافة المتقدّمة مضافاً إلى المشتري ، والمال المضاف إلى المشتري مضافاً إلى البائع .

والحاصل أنّ المبادلة ليست من المفاهيم المتأصّلة كالقيام والقعود وغيرهما من الأفعال ، بل إنّما هي من المفاهيم التعلّقية لابدّ من تعلّقها بشيء ، وذلك الشيء ليس هو المكان أو الملكية وإنّما هي عبارة عن طرف الاضافة . وبعبارة أُخرى إنّ ظرف المبادلة وصقعها هو الاضافة لا المكان الخارجي بل ولا الملكية ، فإنّ البيع قد يكون تبديلاً في غير الملكية ، وذلك كما إذا اشترينا بسهم سبيل الله جصّاً أو آجراً لتعمير قنطرة أو طريق أو غيرهما ممّا يصدق عليه سبيل الله ، فإنّه لم يكن سبيل الله مالكاً للمال ليقع التبديل في الملكية ويصير السبيل مالكاً للجصّ عوضاً عن المال فلا يعتبر في البيع التمليك ليكون ظرف المبادلة وصقعها هو الملكية وإلّا فلازمه بطلان المعاملة المشار إليها ، إذ لا ملكية فيها ، والجهة وإن كان تملّكها أمراً معقولاً كما في بعض الموارد إلّا أنّ السهم في المثال ليس راجعاً إلى الجهة بل هو مال مصرفه سبيل الله لا أنّه ملك له ليقال إنّه مالك ومضاف إليه بهذا الاعتبار ، ومثله ما إذا أوصى أحد بصريح كلامه بمال يصرف في سبيل الله من دون أن يصير ملكاً لسبيل الله فإنّ الكلام فيه هو الكلام في المثال المتقدّم .

فالمتحصّل : أنّ التمليك في البيع غير معتبر وإنّما اللازم هو المبادلة بين

الاضافتين ، ففي المثال يتبادل إضافة المال إلى سبيل الله باضافة الجصّ إلى مالكه فتقع إضافة الجصّ مكان إضافة المال فيصير الجصّ مضافاً إلى سبيل الله كاضافة المال إليه قبل المبادلة ، كما أنّ ظرف المبادلة ليس هو المكان الخارجي ، وقد أجاد صاحب المصباح في تفسيره بقوله هو مبادلة مال بمال ولم يقل مبادلة شيء بشيء وإلّا لكان شاملاً لمبادلة الكتب من رفّ إلى رفّ ، وإنّما عبّر بالمال مشعراً بأنّ المراد بالمبادلة هي المبادلة في الاضافة لأنّها الظاهر من المبادلة بين المالين بعنوان المالية هذا .

ثمّ إنّا ذكرنا سابقاً أنّه لا يعتبر في البيع أن يكون العوضان مالاً أي ممّا يرغب فيه العقلاء ، بل لو اشترى شيئاً لغرض شخصه وإن لم يرغب فيه العقلاء كان بيعاً صحيحاً كما إذا اشتاق إلى خطّ جدّه وكان ذلك عند أحد معدوداً من الزبالات واشتراه منه بثمن كذا . ولو قام على اعتبار المالية في العوضين اجماع أو دليل شرعي آخر أيضاً لما كان ذلك موجباً لأخذ المالية في مفهوم البيع عرفاً ، إذ الكلام فعلاً في بيان مفهوم البيع عند العرف وهم لا يعتبرون المالية كما عرفت . وكونها مأخوذة في المعاملة شرعاً أمر آخر لا يوجب ذكرها في تعريفه وإلّا يلزم ذكر جميع ما يعتبر في البيع من الشرائط شرعاً ، لعدم اختصاصها بالمالية فقط .

ثمّ إنّ ما ذكرناه من أنّ المبادلة لابدّ من أن تقع بين الاضافتين بأن يكون المال المضاف إلى أحدهما مضافاً إلى الآخر وبالعكس ، هو الذي ذكره العلّامة في بعض كتبه[1] من أنّه لابدّ في البيع من أن يدخل المبيع في كيس من خرج عنه الثمن وبالعكس وإلّا فلا معنى لخروج الثمن من كيس أحد ودخول المثمن في ملك آخر وهذا أيضاً هو مقتضى الفهم العرفي ، فإنّ العرف لا يرى مثله بيعاً أبداً ، ويشهد له

(١) [لم نعثر عليه] .

جميع موارد استعمال لفظ البيع والشراء في الكتاب المجيد مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنْ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمْ الْجَنَّةَ﴾(١) لا بأن يكون الجنّة لغيرهم وهذا ظاهر.

ثمّ إنّ ظاهر المبادلة وقوع الفعل من الطرفين وإن استعملت المفاعلة في بعض الموارد في فعل الواحد أيضاً كما في الآيات القرآنية كقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللهَ﴾(٢) و ﴿يُحَارِبُونَ اللهَ﴾(٣) وهكذا، إلّا أنّ ظاهرها وقوع الفعل من اثنين وهو منافٍ لما ذكرناه في تعريف البيع من أنّه عبارة عن فعل البائع فقط لا فعل مجموع البائع والمشتري، فهو فعل الواحد لا الاثنين، حتّى لو فرضنا أنّ فعل المشتري أيضاً من البيع لا يصحّ التعبير عنهما بالمبادلة، لأنّ البيع يكون حينئذ متعدّداً لا أنّ بيعاً واحداً وقع بينهما كما هو ظاهر المفاعلة، لأنّ المفاعلة هو فعل واحد للاثنين، فعليه لو أُبدلت المبادلة في التعريف بالتبديل لكان أولى وأحسن.

فإذا عرفت ذلك فيقع الكلام بعد ذلك في أنّ البيع الذي هو عبارة عن فعل البائع هل هو من مقولة المعاني أو من مقولة الألفاظ، وقد وقع في المقام خبط في كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٤) وإن جلّ مقامه عن الخبط إلّا أنّ الاشتباه من غير المعصوم غير عزيز، وذلك لأنّه (قدّس سرّه) أورد على من عرّف البيع بأنّه عبارة عن الايجاب والقبول: بأنّ البيع ليس من مقولة الألفاظ وإنّما هو من سنخ المعاني وإلّا لم يكن إنشاؤه باللفظ، ثمّ عرّف البيع بأنّه عبارة عن إنشاء تمليك عين

---

(١) التوبة ٩: ١١١.

(٢) البقرة ٢: ٩.

(٣) المائدة ٥: ٣٣.

(٤) المكاسب ٣: ١٠.

بعوض، مع أنّ نفس ذلك الإشكال وارد عليه أيضاً، حيث إنّ الانشاء غير قابل للانشاء باللفظ كما لا يخفى، فعلى تقدير أنّ البيع هو الانشاء فلا يعقل أن يتعلّق به الانشاء.

فالتحقيق أن يقال: إنّ البيع وغيره من العقود والايقاعات ليس من قبيل المعاني المجرّدة ولا من قبيل الألفاظ كذلك، لما نشاهده من أنّ البيع لا يصدق على مجرّد الاعتبار النفساني بتبديل عين بعوض في جهة الاضافة، وكذا النكاح لا يتحقّق بمجرّد اعتبار الزوجية ولا الطلاق بمجرّد اعتباره ولا الهبة ولا الصلح ولا غير ذلك من الأُمور الانشائية، فإنّه بمجرّد اعتباره لا يطلق عليه أنّه باع ماله وهذا واضح، كما أنّه لا يمكن أن يقال إنّ البيع وما يشبهه من قبيل الألفاظ إذ لا يمكن انشاؤه حينئذ.

بل إنّما البيع وغيره من العقود والايقاعات من قبيل المعاني المبرزة بمبرز ما من القول والفعل والاشارة ونحوها كما هو شأن المعاني الانشائية على ما ذكرناه في محلّه كالطلب والأمر، فما دام لم يبرزها بشيء من المبرزات فلا يصدق عليها شيء من عناوين البيع والصلح وغيرهما كما هو ظاهر، ولعلّه مراد من فسّره بنقل العين بالصيغة المخصوصة فلا يرد عليه ما ذكره شيخنا الأنصاري من أنّ ذلك لا يقبل الانشاء بالصيغة وإنّما القابل له النقل لا النقل بالصيغة، وذلك لأمرين: النقض والحلّ.

أمّا النقض: فبأنّا نرى في الخارج أُموراً قائمة بالانشاء والابراز بحيث لا تحقّق لها بدون الانشاء بوجه، وهذا كالاذن فإنّه ليس عبارة عن مجرّد طيب النفس بل الطيب المبرز بشيء من المبرزات وبدونه لا يمكن أن يقال إنّه أذن في أمر كذا حتّى يبرزه ويأتي به في مقام الاظهار والابراز. ومنها الأمر فإنّه لا إشكال في كونه من الأُمور الانشائية ولا يصدق بمجرّد الطلب النفساني أنّه أمر بكذا، وبالجملة أنّها من

الأُمور التي لا قوام لها إلّا بالانشاء ، وانشاؤها وإبرازها كما يكـون بـالاشارة أو الفعل أو سائر الألفاظ كذلك يمكن بنفس الألفاظ الموضوعة لها كأذنت وأمرت ، إذ لا ينبغي الإشكال في أنّه يعقل انشاء الاذن بلفظ أذنت لك والأمر بلفظ أمرتك .

والبيع أيضاً من هذا القبيل فإنّه وإن كان تحقّقه وقوامه بنفس الانشاء لأنّه من الأُمور الانشائية ، إلّا أنّه يمكن إنشاؤه بنفس لفظه بأن يقال : بعتك ، فقد أبرز البيع وأنشأه بلفظه ، ومن هذا القبيل الإسلام فإنّه لا يتحقّق بمجرّد عقد القلب ما دام لم ينشئ الإسلام ولم يبرزه باللفظ كالشهادتين ، مع أنّه يعقل ابرازه بنفس لفظ الإسلام بأن يقول : أسلمت لربّ العالمين ، وكذلك التعظيم فإنّه من الأُمور الانشائية مع أنّه يمكن انشاؤه بلفظ التعظيم بأن يقول : إنّي أُعظّمك أو عظّمتك على نحو الانشاء دون الاخبار .

فتحصّل : أنّه لا مانع من إنشاء الأُمور الانشائية بالألفاظ الموضوعة لها .

وأمّا الحلّ : فبأنّ الألفاظ الموضوعة للأُمور الانشائية إنّما وضعت لمفاهيم تلك الأُمور دون وجوداتها الخارجية ، فمعنى الأمر مفهوم الطلب ومعنى البيع هو مفهوم إنشاء تبديل عين بمال ، سواء كان موجوداً في الخارج أم لم يكن ، فمعنى بعت أنشأت مفهوم البيع . وبالجملة لا نظر لتلك الألفاظ إلى وجود معانيها خارجاً وعدمه وعليه فإذا تكلّم بلفظ بعت أوجد المفهوم في ضمن ذلك الفرد ، فإنّ للبيع المفهومي أفراداً قد أوجده بذلك الفرد منه ولا محذور في إيجاد المفهوم بفرده كما هو واضح .

فتحصّل : أنّ ما أورده شيخنا الأنصاري على ذلك التعريف بأنّـه إن أُريـد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور وإلّا فلابدّ من الاكتفاء بخصوص التمليك والنقل ممّا لا وجه له ، وعليه فالصحيح أن يقال : البيع عبارة عن التبديل الانشائي لعينٍ في مقابل شيء .

وبعد ذلك نرجع إلى ما كنّا نحن بصدده فنقول : ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس

سرّه)(١) أنّ المعوّض في البيع يشترط أن يكون عيناً ولا يعمّ المنافع لأنّه الفارق بين البيع والاجارة على تفصيل تقدّم، وإن أُطلق في بعض الأخبار على نقل المنافع إلّا أنّه من باب المسامحة، كما أنّ لفظ الاجارة ربما يطلق على نقل الأعيان وذلك كالثمرة على الشجرة، هذا.

ولكنّا لم نفهم حقيقة ما أراد بهذا المثال، فلذا نتردّد في المراد ونقول:

إنّه إن أراد بذلك أنّ الاجارة تطلق على نقل الثمرة الموجودة فعلاً على الشجرة كنقل التمور الموجودة في البستان على النخيل، ففيه: أنّ ذلك ممّا لا يطلق عليه الاجارة في شيء من اللغات لا في العربية ولا في غيرها، ولم نجد أيضاً من أطلق عليه الاجارة من الفقهاء، بل قد صرّحوا بأنّ الصوف الموجود على الغنم ونحوه لا يمكن إجارته بل الاجارة في مثله باطلة، لأنّها حينئذ عين في مقابل عين البستان وليست من منافعه. مضافاً إلى أنّه موجب للغرر، حيث إنّ الثمرة على الشجرة لا يعلم مقدارها.

وإن أراد بذلك إطلاق الاجارة على نقل الثمرة غير الموجودة فعلاً على الشجرة بأن يستأجر البستان للانتفاع بثماره التي ستوجد بعداً فهي إجارة حقيقة لأنّ النقل تعلّق بالمنفعة الحاصلة من الشجرة، غاية الأمر أنّ هذه المنفعة لو وجدت تكون من الأعيان.

وإن أراد أنّه استأجر البستان للتنزّه ونحوه بشرط أن تدخل الأثمار الموجودة فيه فعلاً في ملكه، ففي هذا الفرض أيضاً لم تستعمل الاجارة في نقل العين بل استعملت في نقل المنفعة وهي حيثية التنزّه مثلاً ويكون نقل العين أعني الثمار بالشرط لا بالاجارة.

---

(١) المكاسب ٣: ٧.

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّا لم نجد فقيهاً يُطلق الاجارة على نقل الثمرة الموجودة في الشجرة . نعم يصحّ إطلاقها على إجارة البستان للمنافع المستفادة منه بعد الاجارة ، هذا كلّه في المعوّض .

وقوع الثمن منفعة

وأمّا العوض فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّه لا مانع من أن يكون منفعة ، ولا يشترط في البيع أن يكون العوض أيضاً كالمعوّض من الأعيان وأمّا قولهم : إنّ البيع لنقل الأعيان فهو كقولهم : الاجارة لنقل المنافع في أنّه ناظر إلى المعوّض فيهما ، يعني أنّه لابدّ أن يكون المعوّض في البيع عيناً كما أنّه لابدّ أن يكون منفعة في الاجارة ، وليس معناه أنّه يشترط في البيع أن يكون كلا العوضين من الأعيان وفي الاجارة أن يكون كلاهما من المنافع ، لوضوح أنّ العوض في الاجارات يكون من الأعيان كالدراهم والدنانير غالباً فيؤجر الدار بعوض الدرهم أو الدينار ، فلابدّ أن يكون إطلاقهم ذلك بلحاظ المعوّض في كلّ واحد من البابين ، وعليه فلا مانع من أن يجعل العوض في البيع منفعة من المنافع كما إذا باع داره الصغيرة بسكنى دار وسيعة بمدّة عشر سنوات .

وأمّا منافع الحرّ وأعماله وأنّها أيضاً يمكن أن تقع عوضاً في البيع أو لا يمكن فقد استشكل فيه الشيخ (قدّس سرّه) بقوله : ففيه إشكال ، وذلك لأنّ ظاهر تعريف المصباح أن تكون المبادلة واقعة بين مالين قبل وقوع المعاوضة عليهما لا ما يكون مالاً بالمعاوضة ، وعليه فإن قلنا بأنّ أعمال الحرّ من الأموال ولو قبل وقوع المعاوضة عليها فلا إشكال . وأمّا إذا قلنا بأنّها إنّما تكون مالاً بعد وقوع المبادلة عليها ففي

---

(١) المكاسب ٣ : ٨ .

جعلها عوضاً إشكال .

أقول : أراد (قدّس الله نفسه) بذلك أنّ وقوع أعمال الحرّ عوضاً في البيع على قسمين : فتارةً يستأجر أحد شخصاً للبناية أو الكتابة في مدّة كذا ثمّ يجعل ذلك عوضاً لما يشتريه من الأعيان في المعاملة البيعية كما إذا أراد شراء عباءة فجعل عوضها عبارة عن البناية أو الكتابة التي ملكهما من الأجير بالاجارة الواقعة قبل بيع العباءة ، وهذا ممّا لا إشكال في صحّته فإنّ ما جعله عوضاً في اشتراء العباءة إنّما هو من الأموال حينئذٍ قبل وقوع معاوضة العباءة به ، لأنّه ملكه بالاجارة . وأُخرى يريد نفس البنّاء أو الكاتب أن يجعل عمله عوضاً في اشتراء شيء من الأعيان وصحّة البيع حينئذٍ مبتنية على أنّ أعمال الحرّ هل هي مال قبل وقوع المعاوضة عليها حتّى يصحّ جعلها عوضاً ، أو أنّها تكون مالاً بعد المعاملة والمعاوضة حتّى لا يصحّ جعلها عوضاً ، لأنّ ظاهر تعريف المصباح أن يكون العوضان مالاً قبل وقوع المعاوضة والمبادلة عليهما لا ما يكون مالاً بنفس المبادلة دون قبلها ، وهذا هو منشأ استشكاله (قدّس سرّه) في المقام .

وربما يقال : بأنّ أعمال الحرّ قبل المعاوضة عليها ليست من الأموال ، ولذا لو حبس أحدٌ حرّاً لا يكون ضامناً لما يفوت من أعماله وهذا بخلاف ما لو حبس العبد فإنّه يضمن أعماله حينئذٍ ، وليس هذا إلّا من جهة أنّ أعمال الحرّ ليست من الأموال فعلاً لعدم وقوع المعاوضة عليها ، وهذا بخلاف أعمال العبد فإنّه لمّا كان مملوكاً لمولاه كانت منافعه وأعماله مملوكة له أيضاً فعلاً ، لأنّ المنافع تابعة للأعيان في الملكية فهي فعلاً مال لمالك العبد ولو لم يقع عليها المعاملة ، ومنافعه حينئذٍ كمنافع داره وبستانه مال له كما هو ظاهر . وكذا لا يحكم الفقهاء بوجوب الحجّ على من يتمكّن من أن يعمل عملاً يسوى ألف دينار أو أقل أو أكثر بحيث يكون مستطيعاً فلو كانت أعماله ولو قبل وقوع المعاوضة عليها من الأموال لوجب عليه الحجّ قطعاً ، لصيرورته

مستطيعاً حينئذٍ ، وهذان الحكمان يكشفان عن أنّ أعمال الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليها ليست من الأموال كما هو واضح ، هذا .

ولا يخفى أنّه لا ينبغي الإشكال في أنّ أعمال الحرّ من الأموال مطلقاً ، لأنّها ممّا يرغب فيها العقلاء ويبذلون بازائها المال ، من دون فرق في ذلك بين وقوع المعاوضة عليها وعدمه ، فلا وجه للاستشكال في أنّها مال قبل وقوع المعاوضة عليها أو ليست بمال .

نعم قبل وقوع المعاوضة عليها لا تكون مضافةً إلى صاحبها (وهو العامل) بالاضافة الملكية الاعتبارية (بمعنى الواجدية الاعتبارية لا بمعنى ما يكون اختياره بيده ، فإنّ الملك بهذا المعنى صادق على نفس أعمال الشخص أيضاً بقدرته عليها) إلّا أنّ الاضافة الملكية الاعتبارية غير معتبرة في شيء من العوضين في المعاملة وإنّما يعتبر فيهما بحسب تعريف المصباح أن يكونا مالاً ، وأمّا الاضافة الملكية الاعتبارية فلا ، وإلّا فلا يصحّ بيع الكلّي في الذمّة أيضاً لأنّه قبل وقوع المعاوضة عليه ليس ملكاً لأحد ، مع أنّه لا خلاف في صحّته ، ولا وجه لها إلّا كونه مالاً وكفاية ذلك في صحّة المعاملة .

وبالجملة : أنّ الكلّي في الذمّة كأعمال الحرّ من جميع الجهات ، فكما أنّها ليست ملكاً لأحد قبل وقوع المعاوضة عليها فكذلك الكلّي بعينه ، وكما أنّ الكلّي مال قبل المعاملة فكذلك أعمال الحرّ بلا فرق بينهما ، فإن صحّت المعاملة في أحدهما صحّت في الآخر أيضاً ، وإن لم تصح ففي كليهما كذلك .

وأمّا الحكمان اللذان استشهد بهما في المقام : فمسألة عدم وجوب الحجّ عليه حينئذٍ ليست من جهة أنّ الأعمال ليست بمال ، بل إنّما هو من جهة ما استفدناه من الأخبار الواردة في الحجّ من اشتراط أن يكون عنده مال بمقدار الاستطاعة ، وهذا العنوان لا يصدق في المقام ، فإنّ الأعمال وإن كانت من الأموال إلّا أنّه لا يصدق

عرفاً أنّه عنده مال ، نعم لو آجر نفسه من أحد يكون واجداً للمال ، إلّا أنّ تحصيل الاستطاعة غير واجب ، وهذا بخلاف أعمال العبد بالنسبة إلى مالكه فإنّه يصدق عليه أنّه عنده مال ، إذ ليست هما إلّا كمنافع بستانه وداره أو سائر أمواله كالفرش وغيرها ، ولا يلزم أن يكون المال من قبيل الدراهم والدينار كما هو ظاهر ، وأمّا في الحرّ فهو فعلاً لا مال عنده عرفاً بوجه لا من قبيل الدراهم ولا من قبيل غيرها كما لا يخفى .

وأمّا مسألة عدم الضمان في حبس الحرّ فهي على وجهين : فإنّ الحرّ المحبوس إن كان كسوباً كالبنّاء الذي خرج من داره للبناية وهو معدّ نفسه لعمل البناية أو غيرها كالنجارة أو التجارة أو غيرهما ، فلا مانع من أن يكون الحابس ضامناً لما فوّته عليه من عمله يوماً أو أكثر ، إذ يصدق عليه عرفاً أنّه أتلف عليه ماله .

وأمّا إذا لم يكن كسوباً ولم يكن له شغل لتحصيل المال كالطلّاب ونحوهم فلا وجه للحكم بالضمان في مثله ، إذ لا وجه للضمان إلّا من جهة قاعدة من أتلف ، ولا إتلاف في المقام ، إذ لم يوجب حبسه تفويت عمله الذي يعطى بازائه المال إذ لو لم يحبسه أيضاً لم يكن يصدر منه عمل بازائه مال . وكيف كان فلا مقتضي للحكم بالضمان حينئذٍ ، وليس ذلك من جهة أنّ الأعمال ليست بمال بل من جهة عدم صدق أنّه ذو مال عرفاً ، فلا يصدق إتلاف مال الغير الذي هو موضوع الضمان . وتمام الكلام في الفرعين موكول إلى بابي الغصب والحجّ فراجعهما .

الحقّ وأقسامه

ثمّ قال الشيخ (قدّس الله نفسه) أمّا الحقوق الأُخر[1] الظاهر أنّ العبارة غير

---

(١) المكاسب ٣ : ٨ .

صحيحة ولعلّ الاشتباه من النسّاخ وحقّ العبارة أن يكون هكذا : وأمّا الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال فلا إشكال ، وكذا لو لم تقبل النقل والانتقال كحقّ الشفعة وحقّ الخيار إلى قوله بعد أسطر : وأمّا الحقوق الأُخر ... وهذا موضع لفظة الأُخر بمعنى أنّ الحقوق التي ليست من قبيل القسم الأوّل والثاني ولذا وصفها بالأُخر ولكن الناسخ اشتبهت عليه هذه الحقوق بالحقوق المذكورة في صدر العبارة فوصفها بالأُخر وإلّا فلا معنى لوصفها بالأُخر بوجه ، إذ لم يتقدّم حقوق قبل ذلك ليقال وأمّا الحقوق الأُخر .

وأمّا ما عن بعض الأعاظم(١) من أنّ الوجه في ذلك لعلّه من جهة عدّ العين والمنفعة أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعمّ وحينئذ صح أن يوصف الحقوق بالأُخر ففيه : أنّ العين والمنفعة ليست من الحقوق وإنّما هي متعلّقات الحقوق فلا وجه لعدّها منها كما هو واضح .

وكيف كان فقد قسّم الشيخ (قدّس سرّه) الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : ما لا يقبل المعاوضة بالمال ومثّل له بحقّ الحضانة والولاية .

ثانيها : ما لا يقبل النقل وإن قبل الاسقاط بل الانتقال بارث ونحوه ومثّل له بحقّ الشفعة والخيار .

ثالثها : ما يقبل النقل والانتقال كحقّ التحجير .

وقبل التكلّم في حكم الأقسام لابدّ من بيان الفارق بين الملك والحقّ والحكم فنقول : الملكية قد تطلق على السلطنة والاحاطة الحقيقية كملكية الله تعالى بالاضافة إلى المخلوقات . وقد تطلق على السلطنة الخارجية التكوينية كملكية الإنسان لأفعال نفسه ولما في ذمّته فإنّ الإنسان يملك تكويناً ذلك وليست ملكيته له

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٥٥ .

كملكية عمل عبده أو أجيره ، وهذه الملكية معناها الاختيار بحيث إن شاء فعل وإن شاء ترك ، وهذا هو المراد بقوله تعالى حكاية عن كليمه (عليه السلام) : **﴿لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي﴾**[١] أي ليس تحت اختياري إلّا نفسي وأخي .

وثالثة تطلق على الملكية الاعتبارية وهي سلطنة اعتبارية تثبت باعتبار من بيده الاعتبار من الشارع والعقلاء . وهذه الملكية ليست منتزعة من الأحكام التكليفية ، لثبوتها في موارد عدم ثبوت الحكم التكليفي كالصبي والمجنون فإنّهما قد يملكان ولا تكليف في حقّهما . وكالكلّي والجهة المالكين فإنّهما أيضاً مالكان من غير ثبوت تكليف . وقد ينعكس الأمر فيكون التكليف ثابتاً دون الملكية كما في المكلّف بالنسبة إلى مال الغير فإنّ التكليف موجود في حقّه من غير أن يكون مالكاً . وقد يجتمعان كالمكلّف بالنسبة إلى أموال نفسه ، فبين الملكية والتكليف عموم من وجه .

وهذه الملكية أيضاً ليست من الأعراض المقولية ، واستدلّ شيخنا المحقّق (قدّس سرّه) على ذلك بوجوه[٢]:

الأوّل : أنّ الملكية لو كانت من الأعراض لم تختلف فيها الأنظار مع أنّ الأنظار فيها قد تختلف فقد يكون الشيء مملوكاً لأحد بنظر دون نظر .

وفيه : أنّ اختلاف الأنظار في الأُمور الواقعية غير عزيز ، فإنّ الأُمور الواقعية قسمان بديهي واضح وهو لا يختلف فيه كاستحالة اجتماع النقيضين ، ونظري وهو يقع فيه الاختلاف .

الثاني : أنّ الوجدان أقوى شاهد على أنّه لا يتغيّر بعد البيع مثلاً عرض من أعراض المالك ولا المملوك .

---

(١) المائدة ٥ : ٢٥ .

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٢٦ .

وفيه : أنّه مصادرة واضحة ، فإنّ التغيّر الخارجي وعدمه نفس المدّعى فمدّعي العرضية يثبته ومنكرها ينفيه . وبالجملة لا إشكال في أنّه يحصل بعد البيع أو موت المورث شيء يسمّى بالملكية وإنّما الكلام في أنّه أمر متأصّل أو اعتباري ، وليس في هذا الوجه ما يثبت الثاني .

الثالث : أنّ الملكية لو كانت من الأعراض لاستحال تحقّقها مع عدم تحقّق موضوعها في الخارج ، فإنّ وجود العرض في نفسه عين وجوده لموضوعه مع أنّ الملكية قد تثبت للمالك الكلّي كما في الزكاة فإنّها ملك لكلّي الفقير وللمملوك الكلّي كالكلّي في الذمّة ، فثبوتها مع عدم وجود موضوعها من المالك والمملوك دليل على أنّها ليست من الأعراض وإنّما هي من الأُمور الاعتبارية .

وهذا الوجه صحيح لا بأس به .

فظهر ممّا بيّناه أنّ الملكية مجعول اعتباري مستقل غير منتزع من الحكم التكليفي كما أنّها ليست من المقولات العرضية ، فهي قسم من الحكم الوضعي .

وأمّا الحقّ فهو في اللغة بمعنى الثابت ، فيقال هذا مطلب حقّ أي ثابت ، ويطلق عليه تعالى أنّه الحقّ أي الثابت ، إلّا أنّه بحسب الاصطلاح يراد به الحكم القابل للاسقاط ، كما أنّ الحكم أيضاً له في اللغة معنى عام وفي الاصطلاح المقابل للحقّ يراد به الحكم غير القابل للاسقاط .

ومرجع الحقّ الاصطلاحي إلى عدم جواز مزاحمة من عليه الحقّ لمن له الحقّ في فعل متعلّق الحقّ ، سواء كان من عليه الحقّ شخصاً خاصاً كمن عليه الخيار في البيع فإنّ من عليه حقّ الفسخ لا يجوز أن يزاحم من له الحقّ في الفسخ ، أو لم يكن شخصاً خاصّاً كما في حقّ التحجير فإنّه لا يجوز لسائر المكلّفين مزاحمة من له حقّ التحجير في عمارة مورد التحجير . فيكون في مورد الحقّ طرفان : من له الحقّ ومن عليه الحقّ ، ولا يجوز لمن عليه الحقّ أن يزاحم من له الحقّ في متعلّق الحقّ . ومتعلّق

الحقّ يكون فعلاً من الأفعال دائماً كالعمارة في حقّ التحجير والفسخ في حقّ الخيار .

فالصحيح أنّ الحقّ لا يغاير الحكم بل هو حكم شرعي اختياره بيد من له الحقّ إسقاطاً وإبقاءً . والحاصل أنّ الحقّ بالنسبة إلى من له الحقّ حكم تكليفي إلزامي أو ترخيصي أو وضعي جوازي أو لزومي ، والمراد بالحكم الوضعي في المقام خصوص نفوذ التصرّف وهو الجواز وعدم نفوذه وهو اللزوم ، لا بقية الأحكام الوضعية كالملكية والزوجية .

ويشهد لما ذكرناه من أنّ الحقّ هو الحكم بعينه أنّا لا نرى فرقاً بين جواز قتل الجاني قصاصاً المعدود من الحقوق وبين جواز قتل الكافر المعدود من الأحكام سوى أنّ الأوّل قابل للاسقاط دون الثاني ، هذا في الحكم التكليفي . وكذا لا نرى فرقاً بين جواز الرجوع في البيع الخياري المعبّر عنه بالحقّ وبين جواز الرجوع في الهبة المعبّر عنه بالحكم سوى قبول الاسقاط وعدمه وهذا في الحكم الوضعي . فليس في موارد ثبوت الحقّ سوى الحكم الشرعي القائم بالمكلّف المتعلّق بفعله ، غاية الأمر أنّه قابل للاسقاط دون سائر الأحكام الشرعية .

فالحقّ في الاصطلاح حكم شرعي استفيد من الدليل قبوله للاسقاط وفي قباله الحكم الذي لا يقبل الاسقاط . والحقّ قد يطلق على ما لا يقبل الاسقاط من الحكم الشرعي كما في حقّ المارّة فإنّه ليس إلّا جواز التصرّف في مال الغير غير القابل للاسقاط ، هذا كلّه بالاضافة إلى من له الحقّ .

وأمّا من عليه الحقّ فلم يكن بالنسبة إليه سوى الحكم التكليفي كما في حقّ الزوجة والزوج فإنّ للزوجة على الزوج حقّ الإنفاق وليس معناه إلّا وجوب الانفاق على الزوج ، وللزوج على الزوجة حقّ التمكين وليس معناه إلّا وجوبه عليها ، وهكذا سائر الحقوق .

وبالجملة الحقّ الشرعي ليس إلّا الحكم الشرعي كما أنّ الحقوق العرفية ليست

إلّا أحكاماً عرفية .

هذا ملخّص الفرق بين الملك والحقّ والحكم . فالملك الاعتباري هو سلطنة اعتبارية قد تتعلّق بالأعيان كملكية الدار وقد تتعلّق بالأفعال كملك عمل الأجير . كما أنّها حكم وضعي مستقل وليس منتزعة من الحكم التكليفي . والحقّ هو الحكم الشرعي القابل للاسقاط ولا يتعلّق إلّا بالأفعال . والحكم هو ما لا يقبل الاسقاط .

وأمّا أقسام الحقوق وأحكامها فقد عرفت أنّ الشيخ (قدّس سرّه) قسّمها إلى ثلاثة أقسام :

الأوّل : ما لا يقبل المعاوضة بالمال وحكم فيه بعدم جواز جعله ثمناً في البيع .

نقول : إن أراد بما لا يقبل المعاوضة بالمال ما يقبل النقل والاسقاط ولكن مجّاناً من دون أن يقابل بالمال كحقّ القسم للضرّة على ما قيل فالكبرى ـ أعني عدم جواز جعل مثل هذا الحقّ ثمناً ـ وإن كانت صحيحة إلّا أنّه لا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى . وكون حقّ القسم من هذا القسم لا دليل عليه . وإن أراد به ما لا يقبل النقل والاسقاط مطلقاً أي مع العوض وبلا عوض كحقّ الولاية والحضانة فالكبرى صحيحة أيضاً إلّا أنّ مثله ليس حقّاً اصطلاحاً بل هو حكم ، لأنّ الحقّ كما قلنا ما يكون اختياره إبقاءً وإسقاطاً بيد المكلّف .

الثاني : ما لا يقبل النقل وإن قبل الاسقاط بل الانتقال بإرث ونحوه كحقّ الشفعة والخيار ، وحكم فيه بأنّه لا يجوز جعله ثمناً في البيع ، لأنّ البيع تمليك ونقل من الطرفين والمفروض أنّ هذا لا يقبل النقل .

وناقش فيه صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[1] بانتقاضه ببيع الدَين على من هو عليه ، فإنّ الإنسان لا يملك ما في ذمّته ومقتضاه عدم جواز بيع الدَين من المديون

(١) الجواهر ٢٢ : ٢٠٩ .

بناءً على كون البيع تمليكاً ولكن مع ذلك يصحّ بيعه منه ويكون أثره سقوط الدَين فليكن حقّ الشفعة والخيار كذلك .

وأجاب عنه الشيخ (قدّس سرّه) بالفرق بين المقامين ، فـإنّه يـعقل أن يمـلك الإنسان ما في ذمّته ، لأنّ الملك نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتّى يلزم اتّحاد المالك والمملوك عليه المستحيل في ملك الإنسان لما في ذمّته . ولكن أثر هذه الملكية سقوط ما في الذمّة ، وأمّا مثل هذا الحقّ فهو سلطنة فعلية تقوم بمسلّط ومسلّط عليه فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد لأنّه لا يعقل أن يتسلّط الإنسان على نفسه .

نقول : ما مثّل الشيخ (قدّس سرّه) به من حقّي الشفعة والخيار لا يجوز جعلهما ثمناً في البيع ، لكن لا لما ذكره (قدّس سرّه) ، بل لأنّ حقّ الشفعة حقّ للشريك يستحقّ به تملّك الحصّة المبيعة ليضمّها إلى حصّته ، وهذا المعنى لا يمكن نقله لا إلى المشتري للحصّة ولا إلى غيره ، أمّا إلى المشتري فلأنّه مالك لها بالفعل فلا معنى لاستحقاقه لتملّكها ثانياً .

وأمّا إلى غيره فلأنّه ليس شريكاً وحقّ الشفعة موضوعه الشريك . وأمّا حقّ الخيار فلأنّ مرجعه على ما سيأتي في مبحث الخيارات إلى تحديد الملكية إلى زمان فسخ من جعل له الخيار ، وهذا المعنى أيضاً لا يقبل النقل إلى غيره لأنّ فسخه ليس فسخ من جعل له الخيار .

نعم حقّ الشفعة والخيار قابلان للاسقاط والانتقال إلى الوارث ولكنّه مطلب آخر .

وأمّا ما استدلّ به الشيخ (قدّس سرّه) على المنع من جعلهما ثمناً من لزوم اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه ففيه أوّلاً : أنّه أخصّ من المدّعى ، لاختصاصه بما إذا نقل إلى

من عليه الحقّ وأمّا إذا نقل إلى غيره فلا يلزم الاتّحاد المزبور .

وثانياً : أنّ الخيار يتعلّق بالعقد ، لأنّه عبارة عن ملك فسخ العقد ، فالمسلّط عليه هو العقد لا من عليه الخيار ، فلا يلزم من بيعه على من عـليه الخـيار اتّحـاد المسلّط والمسلّط عليه فضلاً عن بيعه من غيره .

وثالثاً : أنّ اجتماع عنواني المسلّط والمسلّط عليه في شيء واحد ليس محالاً فإنّهما وإن كانا متضايفين إلّا أنّ التضايف بنفسه لا يقتضي امتناع اجتماع المتضايفين كما في اجتماع عنواني العالم والمعلوم عليه تعالى وعلى النفس باعتبار علمها بنفسها وكذا المحبّ والمحبوب فإنّ الإنسان محبّ ومحبوب لنفسه . نعم في مثل عنواني العلّة والمعلول لا يمكن اجتماعهما في شيء واحد . إذن ما ذكره الشيخ (قـدّس سرّه) مـن المحذور في نقل الحقّ غير تامّ . نعم بناءً على ما ذكرنا من رجوع الحقّ إلى عدم جواز مزاحمة من عليه الحقّ لمن له الحقّ لا يجوز نقل الحقّ إلى من عليه الحقّ لأنّ المزاحمة تقتضي طرفين مزاحم بالكسر ومزاحم بالفتح ولا يعقل أن يزاحم شخص نفسه .

وأمّا ما ذكره من أنّه يعقل أن يكون الإنسان مالكاً لما في ذمّته فيؤثر تمليكه السقوط ، لأنّ الملك نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى مملوك عـليه حـتّى يستحيل اتّحاد المالك والمملوك عليه ، ففيه : أنّ ملك الإنسان لما في ذمّته إن كـان مستحيلاً بحسب البقاء ولأجله يسقط فهو مستحيل بحسب الحدوث أيضاً لأنّ المانع عن البقاء مانع عن الحدوث أيضاً ولا فرق بين قصر الزمان وطوله ، وإن كان ممكناً حدوثاً فهو ممكن بقاءً أيضاً فلا وجه لسقوطه بعد الحدوث .

نعم لو كان المانع عن البقاء شرعياً كما في شراء العـمودين نـلتزم بحـدوث الملكية آناً ما وزوالها بقاءً . والصحيح كما تقدّم أنّ الإنسان يملك ما في ذمّته لكـن بالملكية التكوينية بمعنى الاختيار والسلطنة التكوينية لا بالملكية الاعتبارية ، لأنّ الاعتبار بعد الثبوت التكويني لغو . فمرجع شراء الإنسان لما في ذمّته أو أعمال نفسه

إلى كونه مطلق العنان بالنسبة إليها ومختاراً في التصرّف فيهما كيف ما شاء فيتمكّن من نقله إلى آخر وعدمه.

الثالث من الحقوق: ما يقبل النقل والانتقال كحقّ التحجير فإنّه يصحّ نقله ومقابلته بالمال في الصلح إلّا أنّه استشكل (قدّس سرّه) في جواز جعله ثمناً في البيع من جهة أخذ المال في عوضي البيع والحقّ ليس بمال.

وفيه: أنّه لا إشكال في كون مثل هذا الحقّ مالاً، لأنّه ممّا يرغب فيه العقلاء ويبذلون بازائه المال فلا إشكال في جعله ثمناً من هذه الجهة. نعم لا يجوز ذلك من جهة اُخرى وهي أنّ الحقّ إمّا سلطنة ضعيفة كما هو المشهور أو حكم شرعي كما هو المختار.

فعلى الأوّل لا يجوز جعله ثمناً من جهة أنّ البيع مبادلة بين المالين في الاضافة أو في الملكية، فهو مبادلة بين متعلّقي الاضافة والسلطنة لا بين نفس الاضافة والسلطنة، وعلى الثاني أعني كون الحقّ حكماً شرعياً فلأنّ الحكم الشرعي بأقسامه لا تكون له إضافة مالية أو ملكية إلى من يقوم به الحكم حتّى يقع التبديل فيها ويتحقّق البيع، نعم لا مانع من جعل إسقاط الحقّ أو متعلّقه كفسخ العقد في الخيار ثمناً في البيع لأنّهما فعل المكلّف وقد عرفت وقوع عمل الحرّ ثمناً، ولكنّه خارج عن محلّ الكلام.

وشيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)(١) منع عن وقوع الحقّ القابل للنقل وكذا سقوطه وإسقاطه ثمناً في البيع، لكن لا من جهة عدم مالية الحقّ بل من جهة أنّه يعتبر في البيع عنده أن يدخل كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر ويحلّ محلّ العوض الآخر في تعلّق ملك الآخر به، وهذا المعنى لا يجري في الحقّ لأنّ الحقّ مباين سنخاً

---

(١) منية الطالب ١ : ١١٠.

للملك فلا يصلح لأن يقع طرفاً ومتعلّقاً له ، هذا في الحقّ .

وأمّا إسقاطه وسقوطه فلأنّهما أيضاً لا يصلحان للدخول في ملك مالك المعوّض لأنّ الاسقاط والسقوط بدون ملاحظة ما أُضيفا إليه من الحقّ لا مالية لهما فلا يصلحان لأن يدخلا في ملك البائع ويقعا طرفاً للاضافة الملكية ، ومع ملاحظة ما أُضيفا إليه وإن كانا مالين إلّا أنّ المضاف إليه وهو الحقّ الذي جاءت من قبله المالية لا يصلح لأن يدخل في ملك البائع كما عرفت . فلا يقاس الاسقاط بسائر الأعمال كالخياطة فإنّها في نفسها مال تصلح لأن تقع طرفاً للاضافة الملكية ، بخلاف الاسقاط كما عرفت .

وفيه : أنّ ما ذكره في الحقّ إن أراد به ما ذكرنا فهو حقّ .

وأمّا ما ذكره في الاسقاط والسقوط ففيه : أنّهما بعد إضافتهما إلى الحقّ يصيران بنفسهما مالين لا أنّ المال هو الحقّ ويسند إلى الاسقاط والسقوط مجازاً فالاضافة إلى الحقّ واسطة في ثبوت المالية لهما لا واسطة في العروض . وعليه فهما بعد الاضافة يكونان مالين كالخياطة ونحوها فيصلحان لوقوعهما ثمناً بناءً على اعتبار المالية في العوضين ، هذا حكم وقوع الحقّ ثمناً .

ثمّ إذا شكّ في قابلية حكم للاسقاط أو النقل أو الانتقال فما هو مقتضى القاعدة ؟

نقول : أمّا إذا شكّ في قبوله للاسقاط فإن كان لدليله إطلاق يعمّ ثبوته فيما بعد الاسقاط جاز التمسّك به كما إذا شككنا في جواز أكل المارة بعد إسقاطه فإنّه يتمسّك باطلاق دليله .

وإن لم يكن لدليله إطلاق كما إذا ثبت بالاجماع ونحوه ، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية كما هو المشهور فلا مانع من التمسّك به وإثبات الحكم بعد إسقاطه أيضاً ، ويكون نتيجته نتيجة عدم قابلية الحكم للاسقاط ، هذا إذا

كان الحكم تكليفياً ، وإن كان وضعياً فجريان الاستصحاب يتوقّف مضافاً إلى ذلك على القول بجريانه في الأحكام التعليقية ، وأمّا إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب في الأحكام كما هو المختار ولم يكن لدليل ثبوته إطلاق كما هو المفروض ، فلا محيص من الرجوع إلى سائر الأُصول لفظية كانت أو عملية وهي تختلف حسب اختلاف الموارد ولكن النتيجة نتيجة السقوط وأنّ الحكم المشكوك قابليته للاسقاط وعدمه قابل له ، ففي مثل ما إذا شككنا في أنّ حقّ القصاص هل يقبل الاسقاط أو لا يقبل الاسقاط ، فبعد عدم إطلاق الدليل المثبت له وعدم جريان الاستصحاب على الفرض فلابدّ من الرجوع إلى سائر الأُصول اللفظية والعملية ومقتضاها في المقام عدم جواز قتل أحد في الإسلام ، وإنّما جعل الاقتصاص للوارث على خلاف مقتضى القاعدة ، والمتيقّن من ذلك الحكم المخالف للقاعدة هو ما إذا لم يسقط الوارث حقّه فإنّه لا يجوز مزاحمة أحد له في قتل قاتل أبيه ، وأمّا بعد إسقاطه فمقتضى القاعدة أن لا يجوز له قتله ويجوز للآخر مزاحمة الوارث في قتل القاتل لحرمة دم المسلم في الإسلام ، وله أن يمتنع من القتل ولا يمكن للآخر إلزامه به بوجه .

وكذا الحال فيما إذا شككنا في سقوط الخيار باسقاطه بعد فرض عدم الاطلاق في دليله وعدم جريان الاستصحاب فيرجع إلى عموم قوله : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(١) فإنّه بعد ما أسقط حقّه لا يمكنه أخذ المبيع من المشتري لأنّه ماله ، والفسخ بعد الاسقاط لم يدلّ دليل على صحّته وليس بتجارة عن تراضٍ ، فيكون أخذه من أكل المال بالباطل ونتيجته أنّه يسقط بالاسقاط ، والسرّ في ذلك أنّ تلك الأحكام المجعولة إنّما هي على خلاف القاعدة فيقتصر فيها على المتيقّن وهو ما قبل الاسقاط وبعد إسقاطها فالمرجع هو العمومات

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

اللفظية والعملية ومقتضاها عدم ثبوت تلك الأحكام كما لا يخفى ، هذا كلّه فيما إذا شككنا في قابليته للاسقاط .

وأمّا إذا شككنا في أنّه قابل للانتقال فينتقل من المورّث إلى وارثه أم لا فالصحيح فيه الحكم بعدم الانتقال ، لأنّ ما ينتقل إلى الوارث هو ما تركه الميت والمراد به بحسب الفهم العرفي ما يبقى بعد ذهاب الميت ولا يكون قائماً بشخصه ، فإنّ ما يكون قائماً بشخص الميت يذهب بذهابه ولا يصدق عليه عنوان ما تركه الميت فإذا شككنا في قابلية الحكم للانتقال وعدمها يشكّ في شمول ما تركه الميت له والأصل عدم انتقاله إليه .

وبما ذكرنا ظهر أنّ القابلية للانتقال من شؤون قابلية الشيء للنقل ، فإنّه على فرض قبوله للنقل يدخل في جملة ما ترك ، لأنّه يكشف عن أنّه ليس حكماً شخصيّاً ليذهب بذهابه ، وعليه فالمهمّ صرف عنان الكلام إلى بيان أنّه يقبل النقل إلى الغير أو لا يقبل النقل .

فنقول : أمّا إذا شككنا في أنّه هل يقبل النقل إلى الغير أو لا يقبله ، فالنتيجة نتيجة عدم القبول والتحاقه بالأحكام المحضة ، وذلك لما عرفت من أنّ تلك الأحكام المجعولة إنّما هي على خلاف القاعدة ولابدّ من الاقتصار فيها على مواردها المتيقّنة وهي ثبوتها لنفس الشخص الذي يريد نقلها إلى الغير ، وأمّا ثبوتها في حقّ ذلك الغير بنقلها إليه فهو غير معلوم ، مثلاً المتيقّن من عدم جواز المزاحمة في حقّ التحجير هو عدم جوازها في حقّ نفس المحجّر للأرض ، وأمّا عدم جواز المزاحمة للمشتري من المحجّر فلا ، فيجوز مزاحمته ما لم يقم دليل على عدمه ، وكذلك حقّ الخيار فإنّ الثابت منه على خلاف القاعدة ثبوته في حقّ نفس البائع ، وأمّا المشتري منه ذلك الحقّ فلا ، وكذلك حقّ القصاص فلا يحرم مزاحمة غير الوارث في القصاص من القاتل كما لا يحرم مزاحمة غير البائع في فسخ المعاملة ، ونتيجة ذلك عدم قبول

المشكوك للنقل، على خلاف الشكّ في الاسقاط فإنّ النتيجة فيه قبوله الاسقاط كما عرفت.

وبالجملة: أنّ مقتضى القاعدة الاقتصار على الموارد المتيقّنة وعدم ثبوت تلك الأحكام في حقّ غير من ثبت في حقّه أوّلاً.

ودعوى أنّ مقتضى عمومات ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾(١) و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(٢) و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(٣) وغيرها من أدلّة التجارة ونحوها صحّة نقل الحكم إلى الغير وثبوت آثاره في حقّ المشتري، مدفوعة بأنّ هذه العمومات لم ترد في مقام تشريع أنحاء السلطنة كالسلطنة على النقل، بل هي ناظرة إلى نفوذ أسباب النقل في موارد ثبوت السلطنة التامّة لكلّ من المتعاقدين على ماله ولو عند العرف والعقلاء ولذا لو فرضنا أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً في البيع ونفرض أنّا نشكّ في حرمة الغناء وكونه تحت سلطنته وضعاً ـ فإنّ الحرام لا يجوز جعله عوضاً ولا تقع المعاملة عليه ـ لا يمكننا التمسّك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ والحكم بدلالته بالالتزام على صحّة العقد وجواز الغناء تكليفاً، وليس هذا إلّا لما ذكرناه من أنّ هذه العمومات لا تثبت السلطنة على أصل النقل، بل هي ناظرة إلى أسبابه.

فالصحيح أنّ مقتضى الأصل عند الشكّ في قابلية الحكم للنقل هو العدم.

فالمتحصّل: أنّ مقتضى القاعدة في كلّ ما شككنا في قابليته للاسقاط هو كونه قابلاً للاسقاط، كما أنّ مقتضى القاعدة في كلّ ما شككنا في قابليته للنقل عدم قابليته له، هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بالحقوق.

---

(١) البقرة ٢ : ٢٧٥.

(٢) المائدة ٥ : ١.

(٣) النساء ٤ : ٢٩.

ثمّ إنّ البيع كما تقدّم عبارة عن إنشاء تبديل عين بمال فيعتبر أن يكون المعوّض عيناً بخلاف العوض فإنّه كما يصحّ جعله من الأعيان كذلك يصحّ أن يكون من قبيل المنافع أو الأعمال .

حقيقة الإنشاء والإخبار

وبعد ذلك كلّه يقع الكلام في حقيقة الانشاء والفرق بينه وبين الإخبار فنقول : إنّ الانشاء عند المشهور عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ في قبال الإخبار الذي هو عبارة عن حكاية نسبة سلبية أو إيجابية .

ولكنّه ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، إذ لا يوجد باللفظ شيء من الجواهر والأعراض ولا الاعتباريات في العالم ، لأنّ الجواهر أو الأعراض يتوقّف تحقّقها على تحقّق عللها ومبادئ وجودها ، لا أنّها توجد باللفظ وهو ظاهر ، كما أنّ الأُمور الاعتبارية وجودها تابع لاعتبار معتبرها ، والاعتبار أمر نفساني لا يحتاج إلى اللفظ ، فلا يكون للايجاد باللفظ معنىً محصّلاً ، فلا يمكن أن يكون ذلك حقيقة للانشاء .

وأمّا الاستعمال أعني استعمال اللفظ في المعنى ، فإنّه أيضاً لا يختصّ بالانشاء إذ الاستعمال عبارة عن إعمال الشيء فيما وضع له ، فلبس الثوب استعمال له ومطالعة الكتاب استعمال للكتاب ، ومنه استعمال اللفظ فيما وضع له من المعنى وهو متحقّق في الانشائيات والاخباريات والجملات والمفردات ، كانت الجملة تامّة أو ناقصة ، فلا يكون شيء من ذلك حقيقة للانشاء .

فلابدّ في بيان حقيقة الانشاء والاخبار أن يقال : الانشاء هو إبراز الاعتبار النفساني بمبرز ما ، والاخبار إبراز قصد الحكاية عن ثبوت شيء أو نفيه ، فالفرق بينهما إنّما هو في المبرز (بالفتح) ، فإنّ المبرز في الانشاء عبارة عن أمر لا تعلّق له

بالخارج والأُمور الواقعية وهو الاعتبار ، فإنّ الاعتبار أمر نفساني لا يحتاج إلى شيء وراء نفسه ولا تعلّق له بالخارج أبداً ، وبالاستعمال يبرز ذلك الاعتبار القائم بالنفس . وأمّا المبرز في الاخبار فهو أمر له تعلّق بالخارج وهو عبارة عن قصد حكاية ثبوت شيء لشيء أو نفيه عنه ، والقصد وإن كان أيضاً من الأُمور القائمة بالنفس إلّا أنّ له تعلّقاً بالخارج ولأجل ذلك يتّصف بالصدق والكذب ، لأنّه ربما تكون الحكاية مطابقة للواقع وأُخرى مخالفة له ، وهذا بخلاف الانشاء إذ لا معنى لمطابقة الاعتبار فيه للواقع وعدمه ، وقصد الحكاية هو الذي يمكن أن يكون مدلولاً للجملات الاخبارية ولا يستفاد منها أزيد من أنّ المتكلّم بصدد الحكاية وقاصد لحكاية ثبوت شيء لشيء أو نفيه عنه . وأمّا نفس ثبوت القيام لزيد في مثل الاخبار عن قيام زيد فلا يستفاد من الجملة أبداً ، بل ربما يكون ثابتاً له في الواقع وأُخرى منتفياً عنه سواء قصد الحكاية أم لم يقصدها ، وعليه فالبيع عبارة عن إبراز اعتبار كون المعوّض للمشتري أي كونه طرفاً لاضافته في مقابل العوض ، وقد عرفت أنّه إنّما يتحقّق فيما إذا كان نظر البائع إلى حفظ مالية ماله ورفع اليد عن خصوصيته في قبال المشتري الذي نظره إلى جلب الخصوصية برفع اليد عن مالية ماله ، فلو كان نظر كلّ واحد منهما إلى حفظ المالية أو إلى حفظ الخصوصية فهو خارج عن البيع وداخل تحت العناوين الأُخر ، وبما أشرنا إليه يتميّز البائع عن المشتري وهو ظاهر .

ثمّ إنّ ما اعتبره البائع من تبديل متعلّقي الاضافتين ، ربما يكون مورداً لاعتبار الشارع والعقلاء أيضاً ، بمعنى أنّه يكون ممضى عندهما باعتبارهما له وأُخرى لا يكون مورداً لامضاء العقلاء والشارع ولا يكون معتبراً عندهما ، وكيف كان فاعتبار شخص البائع هو المقوّم للمعاملة البيعيّة من دون توقّفها على اعتبار العقلاء أو الشارع ونسبته إلى اعتبار العقلاء والشارع نظير نسبة الموضوع إلى الحكم ، يعني أنّ اعتبار البائع موضوع لاعتبار العقلاء أو الشارع ، بمعنى أنّ العقلاء

أو الشارع أيضاً يعتبرون المبادلة التي اعتبرها البائع ويرتّبون عليها آثارها وهو معنى الصحّة ، أو أنّهم لا يعتبرونها ولا يرتّبون آثارها عليها ويعبّر عنه بالفساد من دون فرق في ذلك بين أن يكون البائع عالماً بموافقة اعتبار الشارع أو العقلاء لاعتباره أم لا ، بل ربما لا يلتفت إلى ذلك أصلاً كما في الصبيان ولكنّه مع ذلك إن طابق اعتبارهما يكون صحيحاً لا محالة .

ومن ذلك يظهر فساد ما أفاده بعض مشايخنا المحقّقين (قدّس سرّهم)[1]، من أنّ البائع باعتباره ذلك يتسبّب إلى اعتبار العقلاء والشارع ، إذ قد عرفت أنّه ربما لا يلتفت إلى أنّ ما اعتبره متحقّق عند العقلاء أو الشارع أو غير متحقّق كما في الصبيان ، ومعه كيف يكون متسبّباً به إلى اعتبارهما ، أو لا يكون عقلاء هناك حتّى يتسبّب إلى اعتبارهم كما في مثل زمان آدم وحواء (عليهما السلام) فإنّ أحدهما إذا اعتبر شيئاً طرفاً لاضافة الآخر يتحقّق هناك معنى المبادلة مع أنّه لا يتسبّب بذلك إلى اعتبار العقلاء ، إذ لا عقلاء هناك حتّى يتسبّب إلى اعتبارهم ، أو لا يكون معتقداً للشريعة كما مرّ .

فتحصّل : أنّ حقيقة البيع ليست إلّا ما أشرنا إليه من أنّها تبديل عين بمال في الاضافة ، وهي متحقّقة في جميع موارد البيع بلا تخلّف حتّى في مثل شراء العمودين فإنّ البائع حينئذٍ يعتبرهما طرفاً لاضافة المشتري ويبدّل إضافتها من نفسه إليه وبعدما صارا طرفاً لاضافة الابن آناً ما فيترتّب عليه الانعتاق القهري بمقتضى الأخبار . وكذا في مثل البيع في الزكاة أو آلات المساجد وغيرهما ، فإنّ العبد الذي يشترى من مال الزكاة كما هو أحد مصارفها لقوله تعالى ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾[2] يتبدّل

---

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٧٧ .

(٢) البقرة ٢ : ١٧٧ .

العبد بالزكاة فيكون العبد زكاة ثمّ يعتقه من بيده الأمر من الحاكم وغيره وهكذا وهذا لا ينافي ما ذكره بعض من أنّ ظاهر الأخبار أنّ العمودين ينعتقان بالشراء فإنّا أيضاً قائلون بذلك ، ولكن الوجه فيه أنّهما يدخلان تحت إضافة الابن آناً ما ثمّ ينعتقان بنفسهما ، ولذا صحّ أن يقال إنّهما انعتقا بمجرد الشراء ، هذا .

إشكالات تعريف البيع

ثمّ إنّه أورد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على تعريف البيع (بأنّه إنشاء تمليك عين بمال) بأنّ لازم ذلك صحّة إنشاء البيع بالتمليك بأن يقول : ملّكتك كذا فأجاب (قدّس سرّه) عنه : بأنّه لا مانع من أن يلتزم به ، هذا .

ولا يخفى أنّه إنّما يصحّ إنشاء البيع بلفظ ملّكت فيما إذا كان المشتري نفس مالك المال ، وأمّا إذا كان وليّه أو وكيله أو من غصب منه فلا ، لأنّه حينئذٍ إنّما يملكه للمالك لا للمخاطب الذي فرضناه وليّاً أو وكيلاً أو غاصباً ، فإنّه نظير التزويج في النكاح إذ لا يصحّ أن يقال : زوّجتك للمخاطب مع أنّه ولي الزوج أو وكيله بل يقول : زوّجت موكّلك وهكذا ، وذلك من جهة أنّ المبادلة في التمليك إنّما يتحقّق بين المالكين لا محالة ، وهذا بخلاف ما إذا أُنشئ بلفظ البيع فإنّه يصحّ مع كلّ واحد من الأشخاص المذكورين ، كان مالكاً أو وليّاً ووكيلاً عنه أو غاصباً ، لأنّه عبارة عن المبادلة بين المالين كما سيأتي توضيحه في بيع الفضولي[2] إن شاء الله تعالى ، وكذا قد يتحقّق البيع من غير تمليك كما إذا أوصى بصرف ماله في جهة خاصّة كعمارة المسجد فاشتري به مال فإنّه لا يدخل في ملك أحد ومع ذلك يصدق البيع . فظهر أنّ البيع

---

(١) المكاسب ٣ : ١١ .

(٢) في الصفحة ٤١٩ .

ليس مرادفاً للتمليك وإن صحّ إنشاؤه به .

وقد أورد عليه أيضاً : بالنقض ببيع الدَين على من هو عليه ، فإنّه ممّا لا شبهة في كونه بيعاً مع أنّه لا تمليك فيه ، لأنّ المشتري فيه لا يملك شيئاً على نفسه ولا يملك ما في ذمّته .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري(١) بأنّه أيضاً يملك ما في ذمّته ولكنّه يسقط بعد تملّكه له .

والحقّ في الجواب : ما عرفته سابقاً من أنّ الملكية الاعتبارية لا وجه لها في المقام لكونها لغواً ، إذ الإنسان مالك لأفعاله ولما في ذمّته بالملكية الذاتية بمعنى كونهما تحت سلطانه واختياره ، فإذا خرج ما في ذمّته من اختياره وصار مملوكاً لأحد فلا مانع من أن يملكه ثانياً بمعنى صيرورته داخلاً تحت سلطانه واختياره بعدما كان خارجاً عنهما ، وهذا المعنى من الملكية لا استحالة فيه ابتداءً واستدامة ولا وجه لسقوطها أيضاً كما مرّ تفصيله فراجع(٢).

وحاصل الجواب أنّ التمليك في بيع الدَين على من هو عليه متحقّق ، فلا انتقاض .

وقد أورد عليه أيضاً بالنقض بالمعاطاة ، فإنّ التمليك متحقّق فيها مع أنّها ليست ببيع إجماعاً أو على المشهور .

ويدفعه : أنّ المعاطاة على ما سيأتي إن شاء الله بيع لازم ، ومن نفى بيعيّتها إمّا نظر إلى لزومها فأراد نفي كونها لازمة كالمحقّق الثاني (قدّس سرّه)(٣) وإمّا نظر إلى

---

(١) المكاسب ٣ : ١٢ .

(٢) راجع الصفحة ٣ فما بعدها .

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٥٨ .

صحّتها فأراد نفي صحّتها كمن يراها مفيدة للإباحة ، ولكن الكلام في المقام إنّما هو في مفهوم البيع الأعمّ من الفاسد والصحيح ، ولا مانع من نفي كونها بيعاً بلحاظ فسادها كما ربما نقول فيما هو فاقد لبعض شرائط المعاملة أنّه ليس بيعاً أو ليس معاملة ، بل نفس دعوى الإجماع شاهدة على أنّ مرادهم هو نفي صحّتها ، إذ الإجماع في المفهوم اللغوي لا معنى له ، وإنّما هو مناسب للأحكام الشرعية كما هو واضح ، ولا وجه لدعوى الإجماع بأنّ معنى البيع لغة كذا وكذا ، وهذا ظاهر .

وربما يورد عليه أيضاً : بالنقض بالشراء والاستيجار فيما إذا استأجر عيناً بعين ، فإنّ المشتري أيضاً يملّك ماله بمال البائع ، كما أنّ البائع يملّك ماله بمال المشتري ، وكذا الاستيجار المذكور فإنّه أيضاً تمليك عين بمال وهو المنفعة .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بأنّ التمليك في الشراء والاستيجار ضمني بخلاف البيع فإنّ التمليك فيه استقلالي ، هذا .

ولكنّي لم أفهم حقيقة مراده كما لم يفهمه جماعة آخرون ، إذ ما معنى كون التمليك في الشراء ضمنيّاً ، فإن أُريد به تأخّر القبول عن الايجاب وأنّ المشتري إنّما يملّكه بعد تمليك البائع ، ففيه : أنّه لا يضرّ بصدق التمليك عليه فلابدّ أن يكون الشراء بيعاً ضمنياً كما هو واضح . مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقدّم تمليك المشتري على تمليك البائع في غير صيغتي رضيت وقبلت ، فله أن يقول أوّلاً : اشتريت مالك بكذا فيقول البائع قبلت ، فإنّه بيع بلا كلام . وكذا يجوز أن يتقدّم إنشاء المستأجر على إنشاء المؤجر في الاجارة وإنشاء الزوج على إنشاء الزوجة في النكاح ، بل قد ورد في صحّته رواية(٢) بمضمون أنّها إذا قالت نعم بعد إيجابك فأنت أولى الناس بها

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٤٣ / أبواب المتعة ب١٨ ح١ .

وإن أُريد بذلك أنّ تمليك المشتري مدلول غير مطابقي والمدلول المطابقي هو تمليك البائع ففيه أيضاً أنّه لا ينافي صدق التمليك فيلزم أن يكون الشراء بيعاً ضمنياً .

فالصحيح في الفرق بين البيع والشراء إنّما هو بما بيّناه من أنّ غرض البائع حفظ مالية ماله وغرض المشتري تحصيل خصوصية المبيع ، وأمّا إذا كان غرض كلّ منهما حفظ المالية أو تحصيل الخصوصية فلا تكون المعاملة بيعاً . وهكذا الحال في الاجارة فغرض المؤجر يتعلّق بالمالية وغرض المستأجر بالانتفاع بالعين ، وبدونه لا تصدق الاجارة .

ثمّ أورد عليه أيضاً بالنقض بالصلح على عين بمال ، وأجاب بأنّ البيع والصلح متغايران مفهوماً ، وهو كذلك فإنّ البيع هو إنشاء تبديل عين بمال في جهة الاضافة ، والصلح هو إنشاء التسالم على شيء ، وهما مفهومان متغايران ، نعم البيع يتعلّق به التسالم الواقعي ، فإنّ البائع والمشتري ما لم يتسالما على التبديل المزبور لا يصدر منهما البيع ، فالبيع متعلّق التسالم لا أنّ المنشأ فيه هو التسالم ، بخلاف عقد الصلح ، فإنّ المنشأ فيه هو التسالم على شيء ، وذلك الشيء قد يكون ملكية عين بعوض فيفيد فائدة البيع وقد يكون ملكية المنفعة فيفيد فائدة الاجارة وقد يكون غيرهما فيفيد فائدة عقد آخر . ومن هنا يظهر أنّ متعلّق عقد الصلح لا يكون إلّا الملكية ونحوها من الأحكام ولا يمكن تعلّقه بعين أو عمل بل يتعلّق بملكيتهما فيقال مثلاً : صالحتك على أن يكون هذا ملكاً لك بازاء ملكي لما عندك ، بخلاف البيع فإنّه يتعلّق بالأعيان . وعليه فالبيع والصلح على ملكية عين بعوض متباينان مفهوماً ومصداقاً ، وإن اتّحدا في النتيجة ، هذا هو الفرق بينهما من حيث المفهوم وأمّا الفرق بينهما من حيث الأحكام فله مقام آخر .

وقد أورد عليه أيضاً بالنقض بالهبة المعوّضة أيضاً فإنّها تمليك عين بمال مع أنّها ليست ببيع ، ولذا لا يرتّب عليها آثاره وأحكامه كخيار الحيوان وخيار المجلس

ونحوهما ، هذا .

ولا يخفى أنّ الهبة على ثلاثة أقسام :

أحدها : الهبة غير المعوّضة كما إذا وهب مالاً لأحد من دون عوض ، وهذا لا إشكال في عدم صدق البيع عليه .

ثانيها : الهبة المعوّضة اتّفاقاً كما إذا وهب مالاً لأحد من دون عوض ثمّ بعد ذلك وهب المتّهب أيضاً مالاً آخر للواهب الأوّل كما يقع ذلك غالباً لئلّا يبقى تحت منّة الواهب مثلاً ، وهذا أيضاً خارج عن توهّم النقض ولا يصدق عليها تعريف البيع ، بل هما هبتان مجّانيتان ولا عوض في شيء منهما .

وثالثها : الهبة بشرط العوض كما إذا وهب شيئاً لأحد على أن يفعل كذا أو يكون المال الفلاني له مثلاً ، وهذا هو الذي نقض تعريف البيع به ، من جهة توهّم أنّها أيضاً تمليك عين بمال .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بأنّ حقيقة الهبة هي الاعطاء مجّاناً من دون فرق بين أقسامها الثلاثة ، غاية الأمر أنّه ربما يشترط في الهبة أن يكون المال الفلاني له أو يفعل الفعل الفلاني ، فهو اشتراط في ضمن الهبة المتقوّمة بالمجّانية ولا دخل له في حقيقتها ، وليس الشرط عوضاً للمال الموهوب ، فلذا إذا لم يعمل به المتّهب بعد الهبة لا تفسد الهبة به وإنّما يثبت للواهب خيار تخلّف الشرط فله أن يرجع في هبته . فالمتحصّل أنّ الهبة إعطاء مجّاني دائماً وليس فيها تبديل مال بمال أبداً ، وهذا الذي أفاده متين جدّاً .

ثمّ إنّ السيّد (قدّس سرّه) ذكر في حاشيته[2]: أنّ ظاهر جميع العلماء أنّ الهبة

---

(١) المكاسب ٣ : ١٤ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦٠ .

المعوّضة مختصّة بما إذا كان العوض مذكوراً على وجه الشرط ، ولكن يمكن أن يقال إنّ منها قسمين آخرين وهما أن يملّك الواهب تمليكه في مقابل مال المتّهب كأن يقول ملّكتك كذا بكذا على أن تكون المقابلة بين التمليك والمال لا بين المالين وأن يملّك الواهب تمليكه في مقابل تمليك المتّهب كأن يقول : ملّكتك كذا بتمليك كذا بأن تكون المقابلة بين التمليكين لا بين المال والتمليك . وهذان القسمان أيضاً خارجان عن تعريف البيع ، لأنّ المال الموهوب لم يقابل بشيء بل هو مملّك مجّاناً .

وفيه : أنّ تمليك التمليك الذي هو فعل الواهب في مقابل مال المتّهب أو تمليكه بمثل الصيغتين المذكورتين مستحيل ، لأنّه مضافاً إلى أنّ الفعل الخارجي بعد تحقّقه لا معنى لتمليكه للغير ، أنّ تمليكه إن كان بنفس قوله ملّكتك كذا فهو غير معقول لأنّ التمليك في هذه الصيغة قد تعلّق بالمال لا بالتمليك ، وإن كان بانشاء آخر فالمفروض انتفاؤه .

بقي من النقوض النقض بالقرض لأنّه أيضاً تمليك عين بمال مع أنّه ليس بيعاً .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بأنّ القرض تمليك بالضمان لا أنّه تمليك عين بمال . وقد خفي ذلك على بعضهم[2] فأورد عليه بأنّه ما معنى التمليك بالضمان ، فإن أُريد به أنّه تمليك مجّاني ولكنّه ضامن له ، ففيه : أنّه لا وجه لضمانه حينئذ بعد كونه تمليكاً مجّانياً . وإن أُريد به أنّه تمليك في مقابل قيمته أو مثله ، فهو بيع حقيقة غاية الأمر أنّ ثمنه في ذمّة المستقرض ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الشيخ إنّما أراد بالضمان في المقام الضمان بالمعنى الذي ذكره

---

(١) المكاسب ٣ : ١٥ .

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٢٩ .

في بحث المثلي والقيمي[1] حيث أفاد هناك أنّ معنى الضمان كون العين في عهدة الشخص ولا يتوقّف على تلف العين بل مع كونها موجودة يكون ثابتاً في حقّ الضامن ، وهو نظير الكفالة غاية الأمر أنّها تعهّد للأشخاص والضمان تعهّد في الأموال ، فمقتضى قاعدة على اليد مثلاً أنّه بمجرّد وضع يده على المال يثبت المال في عهدته ، كان موجوداً أو كان تالفاً ، وسيأتي أنّ انتقاله إلى المثل أو القيمة كلام شعري ، لأنّه إنّما هو في مقام تفريغ الذمّة مع تلف العين لا الاشتغال ، فإنّ ذمّته مشتغلة بعين المال في جميع الأحوال لا بالمثل أو القيمة ، غاية الأمر أنّه في مقام الأداء إذا لم يتمكّن من دفع نفس العين يدفع ما هو أقرب إليه من المثل أو القيمة .

فإذا كان معنى الضمان هو التعهّد للمال وكونه في عهدة الضامن ، فإن كان ذلك في مثل الغصب وغيره من الأيدي الضامنة يكون المال بجميع خصوصياته وتشخّصاته ثابتاً في عهدة الضامن ويجب عليه دفعه مع خصوصياته ، وأمّا إذا كان في باب القرض فيكون المال في عهدته أيضاً ، ولكن بالغاء خصوصياته بمعنى أنّ المالك في القرض يرفع اليد عن خصوصيات ماله ويملّكه المقترض ، لا مجّاناً بل بأن يكون المال بكلّيه في عهدته ، فيكون تمليكاً بالضمان أي في مقابل تعهّده بكلّي ذلك المال الصادق على شخص ذلك المال أيضاً ، فلذا لا يجب عليه في مقام الأداء أداء نفس المال الذي أقرضه ، نعم يجوز له ذلك ، ومن المعلوم أنّ هذا لا يكون من باب البيع ومبادلة مال بمال ، إذ لا يعقل أن يملّك المال في مقابل نفسه أو في مقابل كلّي ينطبق على نفسه أيضاً ، وهذا هو معنى التمليك بالضمان كما سيأتي في المثلي والقيمي .

وعلى هذا المعنى بنينا وجوب دفع قيمة يوم الدفع فيما إذا تلفت العين المضمونة من جهة ما أشرنا إليه من أنّه دائماً يكون ضامناً لعين المال المغصوب ويكون عينه في

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٤٤ .

عهدته ، كانت باقية أو تالفة ، وفي مقام الأداء وتفريغ الذمّة إن وجدها فيدفعها بعينها وإلّا فيجب عليه دفع ما هو أقرب إليها من المثل أو القيمة ، فالانتقال إلى القيمة أو المثل إنّما هو في مقام الأداء وإلى ذلك الزمان كان متعهّداً لعين المال ، وعند الأداء لابدّ من ملاحظة قيمة المال لو كان تالفاً ، ولا مانع من اعتبار ذمّة الشخص مشغولة بعين المال الذي فرضناه تالفاً ، لأنّ الاعتبار في المعدومات بل المستحيلات أيضاً صحيح .

فالمتحصّل : أنّ معنى الضمان كون العين في العهدة ، وأنّ الضمان في الغصب يغاير الضمان في القرض في أنّه في باب الغصب عبارة عن كون العين بما لها من الخصوصيات في العهدة ، وأمّا في القرض فضمانه بمعنى كون العين بكلّيها وملغاةً عنها الخصوصيات في العهدة ، هذا .

ثمّ إنّه أيّد الشيخ ما ذكره من الفرق بين القرض والبيع بأنّ آثار البيع وأحكامه لا تأتي في القرض كربا المعاوضة فإنّه لا يجري فيه ، وكذا الغرر المنفي في البيع فإنّه غير مانع عن صحّة القرض ، وكذا العلم بالعوض اللازم في البيع غير لازم في القرض .

وقد فسّر بعض المحشّين(١) عدم جريان ربا المعاوضة في القرض بأنّ الربا في المعاوضة إنّما يختصّ بالمكيل والموزون مع اتّحاد العوضين في الجنس ، وأمّا في غيرها كالمعدود وغيره فلا يجري فيه ربا المعاوضة ، وهذا بخلاف باب القرض فإنّ الربا فيه لا يختصّ بالمكيل والموزون ولا يشترط فيه اتّحاد الجنس ، بل لو أقرض عشرة من البيض فدفع أحد عشر منها لزم فيه الربا أيضاً مع أنّه من المعدود ، وكذا لو أقرض قيمياً على أن يؤدّي إليه ما يزيد على قيمته كان رباً محرّماً ، مع أنّهما جنسان . فالربا

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦١ ، حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٢٩ .

المعاملي المختصّ بالمكيل والموزون مع اتّحاد الجنس لا يجري في القرض وأنّ دائرة الربا في القرض أوسع وغير مختصّة بهما ، لما عرفت من جريانه في المعدودات واختلاف الجنس أيضاً .

ثمّ بعد ذلك أورد على الشيخ (قدّس سرّه) ذلك المفسّر أنّ مجرّد الاختلاف في الآثار وكون دائرة الربا في القرض أوسع لأجل دليل خصّصه بذلك ، لا يكشف عن عدم كون القرض من البيع ، فإنّ الاختلاف في الأحكام لا يكشف عن الاختلاف في الحقيقة ، لامكان أن يختصّ بعض أفراد الحقيقة الواحدة بحكم لا يجري في غيره من الأفراد لأجل دليل دلّ عليه في حقّه ، كما في بيع الحيوان فإنّه مختصّ بخيار الحيوان مع أنّه من أفراد البيع ، هذا .

والظاهر أنّ مراد شيخنا الأنصاري من هذه العبارة عدم جريان الربا الجاري في معاوضة في القرض ، لا أنّه يجري في القرض مالا يجري في المعاوضة بل بالعكس ، فلذا ذكر أنّ ربا المعاوضة لا يجري فيه ، وهو ظاهر فيما ذكرناه لا فيما فسّره به ذلك البعض من اتّساع دائرته في القرض ، وإلّا كان الأنسب أن يقول : « ولذا لا يعتبر فيه شروط ربا المعاوضة » .

وكيف كان فالربا الجاري في المعاوضة دون القرض هو فيما إذا اشترط المقترض على المقرض شيئاً ، فإنّه جائز وليس ربا .

وهذا المقدار يكفي في الفرق بين القرض والبيع ويمكن تصحيح ما أفاده الشيخ به ، لأنّ القرض لو كان من المعاوضات لكان مقتضى إطلاق أدلّة الربا المعاوضي ثبوت الربا في القرض ، لعدم ورود دليل خاصّ ناف للربا في المقام بخصوصه .

وأمّا التأييد الثاني أعني عدم جريان الغرر المنفي عنها في الدَين فهو غير متسالم عليه ، لأنّ بعضهم تعدّى إلى الدَين أيضاً من جهة المناسبات بين الأحكام والموضوعات ، فالخبر وإن ورد في خصوص البيع وأنّه نهى النبي (صلّى الله عليه

وآله) عن بيع الغرر(١) ولم يرد الغرر مطلقاً إلّا في مرسلة(٢) واحدة دلّت على أنّه نهى عن الغرر ، إلّا أنّه يمكن أن يتعدّى عن المورد إلى غيره في بعض الموارد لأجل المناسبات الموجودة بين الأحكام والموضوعات كما أشرنا إلى ذلك سابقاً في المكاسب المحرّمة(٣) وأنّه إذا ورد نهي عن بيع الخمر مثلاً يستفاد منه لأجل المناسبات بينهما حرمة جميع الانتقالات في الخمر ولو كان بالهبة والمصالحة . وكيف كان فتعدّى بعضهم عن البيع إلى جميع موارد الغرر ، فحكم بأنّه إذا أعطى لآخر كيساً لا يعلم مقدار ما فيه ولا جنسه فقال أقرضتك فهو قرض فاسد ، هذا .

والتحقيق أنّ الغرر لا يجري في القرض موضوعاً ، لا أنّه يتحقّق فيه ولكن لا يجري فيه حكماً كما هو ظاهر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) والوجه في ذلك أنّ الغرر بمعنى الخطر وهو إنّما يتصوّر فيما إذا خرج عن ملك الإنسان شيء ودخل بازائه شيء مجهول ، وأمّا إذا فرضنا أنّ نفس ما يتملّكه ينتقل إلى عهدته فلا خطر فيه أصلاً ، ففي البيع إذا ملّك شيئاً وتملّك بازائه شيئاً مجهولاً فقد أقدم على خطر لاحتمال أن يكون المأخوذ ديناراً واحداً وقد دفع في مقابله ألف دينار .

وأمّا في القرض فلا يتحقّق ذلك ، لأنّه إنّما يضمن نفس ما في الكيس إن ديناراً فديناراً وإن أكثر فأكثر ، وليس فيه إقدام على الخطر ، وإن كان ما في الكيس مجهولاً ، لأنّه إنّما يضمن عين ما أخذه ولو كان مجهولاً ، لما عرفت من أنّ معنى الضمان كون العين في عهدة الضامن ، نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدّمة للأداء ، وهو أمر خارج عن القرض كما هو واضح ، ولو رأى أنّ ما في الكيس أكثر ممّا هو غرضه فله

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) راجع الخلاف ٣ : ٣١٩ المسألة ١٣ .

(٣) لاحظ محاضرات في الفقه الجعفري ١ : ١٥٣ .

أن يدفع الزائد إلى مالكه لأنّه بيده وليس فيه خطر بوجه، وكيف كان ففي ذلك أيضاً تأييد للفرق بين البيع والقرض لاستلزام البيع الغرر موضوعاً دون القرض كما مثّلنا بهما آنفاً.

وأمّا التأييد الثالث أعني عدم جريان ذكر العوض والعلم به في القرض مع لزومهما في البيع، فلوضوح أنّه لا يلزم ذكر العوض فيه فلا يجب أن يقول أقرضتك هذا بهذا، وكذا العلم به غير لازم في القرض بخلاف البيع كما هو ظاهر.

وقد ذكر السيّد في حاشيته(١) بأنّ الوجه في عدم اشتراط القرض بالعلم بالعوض أو بذكره فيه إنّما هو وضوحه ومعلوميته، فإنّه المثل إن كانت العين مثلية وإلّا فالقيمة، فلا دلالة في هذا على عدم كون القرض معاوضة، هذا.

ويدفعه: أنّ الشيء قد يتردّد بين كونه مثلياً أو قيميّاً، كما أنّ الشيء القيمي ربما لا تعتبر له قيمة كبعض الجواهر النفيسة، فلا يكون العوض معلوماً دائماً. فالصحيح أن يقال إنّ القرض ليس معاوضة ليعتبر فيه ذكر العوض أو العلم به، بل هو كما ذكرنا نقل العين إلى العهدة بالغاء خصوصياتها الشخصية التي ليست دخيلة في ماليتها، فعدم ذكر العوض من باب السالبة بانتفاء الموضوع. فهذا أيضاً لا يخلو عن التأييد. هذا تمام الكلام فيما أُورد على تعريف البيع من النقوض.

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه) نقل عن بعض الأصحاب أنّ الأصل في تمليك الأعيان بالعوض هو البيع، فأورد عليه بأنّه إن كان المراد بالأصل هو الأصل اللفظي فهو صحيح ولكنّه خلاف ظاهر كلام القائل، وإلّا فلا أصل في البين يعيّن البيع.

وتوضيح ذلك: أنّه تارةً يقال بأنّ تمليك العين بالعوض هو البيع وحينئذ لو

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي): ٦١.

وقع هذا اللفظ في كلام الموجب وشكّ في أنّه أراد البيع الذي هو المعنى الحقيقي لهذا اللفظ أو أراد غيره كالصلح مثلاً فإنّه يحمل على إرادة البيع عملاً بأصالة الحقيقة الذي هو أصل لفظي لا كلام في اعتباره. وتارةً يقال بأنّ تمليك العين بالعوض أعمّ من البيع وقد وقع الإيجاب بهذا اللفظ وشكّ في إرادة البيع أو غيره فإنّه لا أصل حينئذ يقتضي إرادة البيع، وكذا لو قلنا إنّ تمليك العين بالعوض هو البيع لا غير وقد وقعت في الخارج معاملة أفادت تمليك العين بالعوض وشكّ في أنّها اُنشئت بعنوان البيع أو الصلح مثلاً فإنّه لا أصل حينئذ أيضاً يعين البيع، وهكذا لو كانت معاملة بنوعها مشتملة على تمليك العين بالعوض وشكّ في أنّها بيع أو صلح أو غيرهما فلا يوجد أصل يقتضي أنّها بيع كما في تقبيل أحد الشريكين حصّته من الزرع لشريكه بشيء معلوم حيث قيل إنّه بيع وقيل صلح وقيل معاملة برأسها. نعم لو كان لأحد المحتملين أو المحتملات أثر زائد فإنّه يدفع بالأصل.

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه) ذكر للبيع معاني تقدّم بعضها. الأوّل: أن يكون معنى البيع التمليك المذكور لكن بشرط تعقبه بالقبول. الثاني: الأثر الحاصل من الايجاب والقبول أعني الانتقال. الثالث: أن يكون معناه نفس العقد المركّب من الايجاب والقبول، وهذا أيضاً يحتمل معنيين: أحدهما: أن يراد بهما الايجاب والقبول اللفظيين. وثانيهما: أن يكون المراد العقد المعنوي الذي هو المعاهدة كما ذكره السيّد (قدّس سرّه)(١).

فأورد على الأول من المعاني المذكورة بأنّه ليس معنىً آخر مقابلاً للمعنى الذي ذكرناه سابقاً من إنشاء التمليك، بل هو فرد من ذلك المعنى ينصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الايجاب المثمر، وإلّا فالقبول ليس له دخل في معنى

(١) حاشية المكاسب (اليزدي): ٦١.

البيع ، لأنّه تمليك يحصل بمجرد الايجاب عند البائع . نعم اعتبار الانتقال وتملّك المشتري عند العقلاء والشارع يتوقّف على انضمام القبول إليه ، فالبيع من قبيل الايجاب والوجوب في أنّه يحصل الايجاب بمجرد الأمر في نظر الآمر وإن لم يحصل الوجوب في الخارج في نظر غيره ، كما إذا لم يكن الآمر عالياً ، وذلك لأنّ التأثير لا ينفكّ عن الأثر ، فإيجاب البائع وأمر الآمر موثّران وأثرهما هو الانتقال والوجوب في نظرهما لا في الخارج وفي نظر الغير ، نعم يكون حصوله في الخارج وعند العقلاء والشارع متوقّفاً على القبول أو أمر آخر .

فتحصّل : أنّ البيع من قبيل الايجاب الذي لا ينفكّ عن الوجوب عند الآمر وإن كان قابل الانفكاك عنه عند غيره خارجاً ، وليس من قبيل الكسر والانكسار الذي لا ينفكّ أحدهما عن الآخر خارجاً أيضاً ، هذا .

وقد أورد عليه السيّد(١) وبعض آخر من المحشّين بإيراد متين وملخّصه بتوضيح إجمالي منّا : أنّ البيع من قبيل المعاملات التي تحتاج إلى المراضاة والمعاقدة فتحتاج إلى قبول الطرف الآخر وليس من قبيل الايقاعات الحاصلة بمجرد الايجاب من غير اشتراط القبول فيها ، وأنّ التمليك والتملّك والايجاب والوجوب والكسر والانكسار كلّها من قبيل الايجاد والوجود ولا يعقل الانفكاك بينهما أبداً لما برهن عليه في محلّه من أنّ الايجاد والوجود متّحدان ذاتاً وإنّما يختلفان بالاعتبار وذلك لأنّ التمليك عبارة عن إيجاد التملّك والتملّك وجود له ، وكذلك الايجاب إيجاد للوجوب والوجوب وجود له ، وكذا الكسر والانكسار ، غاية الأمر أنّ التمليك والتملّك والايجاب والوجوب أُمور اعتبارية ، وكيف ما كان لا يعقل الانفكاك بينهما ، فالآمر الذي يوجد الايجاب في نظره يوجد الوجوب أيضاً في نظره ، وأمّا

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦٢ .

من لا يحصل عنده الوجوب فهو لا يحصل عنده الايجاب أيضاً . وكذا الحال في التمليك فإنّ من يوجده عند نفسه يوجد التملّك أيضاً ومن لا يوجد في نظره التملّك فلا يوجد عنده التمليك أيضاً . وبالجملة أنّ كلّ من حصل عنده أحدهما فقد حصل عنده الآخر أيضاً ، ومن لم يحصل في نظره أحدهما لم يحصل عنده الآخر أيضاً ، فلا يعقل التفكيك بينهما ، فلا معنى لتفكيكه (قدّس سرّه) بين الايجاب والكسر ، مع أنّ كلاهما من باب واحد وكلاهما من قبيل الايجاد والوجود .

ففي المقام كما اعترف به (قدّس سرّه) التملّك والوجوب لا يحصلان عند العقلاء والشارع بمجرد الايجاب ، فلا يحصل عندهم التمليك والايجاب أيضاً لما عرفت من برهان الاتّحاد بينهما . بل مضافاً إلى أنّهما لا يحصلان عندهم لا يحصلان عند نفس الموجب أيضاً ، فإنّ البائع إذا قال بعت لا يعتبر ماله ملكاً للمشتري بمجرّده بأن يقول أنت عندي مالك لهذا المال مثلاً حتّى يقبل المشتري بقوله : قبلت ، فكأنّه مقدّر في كلامه وتقديره بعتك إن قبلت ورضيت .

ويوضّحه ملاحظة باب النكاح ، فإنّه إذا أوجب تزويج امرأة عند نفسه وفي بيته من دون أن تعلم به الزوجة وترضى به هل يمكن أن يقال إنّها عنده زوجة وهو يعتبر نفسه زوجاً لها ، وذلك واضح لا شبهة فيه ، فلا تمليك ولا تملّك عند البائع أيضاً حتّى يقبله المشتري ، كما لا تمليك ولا تملّك عند العقلاء والشارع حتّى يقبله المشتري ، كما هو مقتضى كونه عقداً لا إيقاعاً .

ومنه يظهر أنّ البيع عبارة عن التمليك المذكور بشرط قبول المشتري ، وحيث إنّ التمليك فيه مشروط بالقبول فلابدّ أن يعتبره البائع معلّقاً على القبول ، فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر معلّقاً كما في الوصية ونحوها من الاعتبارات التعليقية ، ولا يتوهّم كون التعليق موجباً لفساد العقد فإنّه من التعليق على ما يكون العقد معلّقاً عليه واقعاً وهو لا يوجب الفساد .

وأمّا ما أفاده (قدّس سرّه) من تشبيه البيع بألفاظ النقل والابدال والتمليك في أنّها لا تتوقّف على القبول ففيه أنّ عدم توقّف هذه العناوين على القبول مسلّم ولكن قياس البيع عليها قياس مع الفارق لأنّها ليست مرادفة للبيع . أمّا النقل فلأنّه عنوان عام يشمل النقل الخارجي غير المتوقّف على القبول كما يشمل النقل الاعتباري في البيع . وهكذا الابدال فإنّه عنوان عام قد يتحقّق في ضمن البيع فيحتاج إلى قبول ويكون إبدالاً اعتبارياً في الملكية أو الاضافة وقد يتحقّق في غيره كالابدال في المكان الذي لا يحتاج إلى قبول ، وأمّا التمليك فهو أيضاً تكويني واعتباري فالتكويني منه كتمليك الإنسان لأفعاله لا يحتاج إلى قبول ، فإنّ الله تعالى إذا ملّك إنساناً أفعاله بمعنى إقداره عليها فإنّ هذا لا يحتاج إلى قبول ذلك الشخص . وأمّا التمليك الاعتباري فهو قد يحتاج إلى قبول كالتمليك البيعي وقد لا يحتاج كما في الارث ونتاج الاملاك بل والوصية على الأظهر من أنّها لا تحتاج إلى قبول ، نعم ردّ الموصى له يوجب انحلال الوصية ، فلو مات ولم يرد ولم يقبل ينتقل المال إلى وارثه فعنوان التمليك أيضاً عنوان عام جامع للتمليك التكويني والاعتباري الايقاعي والعقدي . فظهر أنّ عدم اعتبار القبول في صدق هذه العناوين غير مستلزم لعدم اعتباره في صدق عنوان البيع .

وأمّا المعنى الثاني للبيع وهو الأثر الحاصل من الايجاب والقبول أي الانتقال فقد أورد عليه بأنّه لم يوجد في اللغة ولا في العرف ثمّ نقل توجيه بعضهم لهذا التفسير بأنّ المراد بالبيع المعرّف هو المبيعية ، أي المصدر المبني للمفعول واستحسن هذا التوجيه وقال : إنّه تكلّف حسن .

والتحقيق أنّ المراد بالأثر والانتقال إن كان هو الانتقال والملكية عند الشارع أو العقلاء ، فقد عرفت سابقاً أنّ ذلك خارج عن حقيقة البيع سواء أُريد به المبني للفاعل أو المفعول وإنّما هو حكم واعتبار شرعي أو عقلائي لا ربط له بالبيع

كيف وربما يتحقّق البيع خارجاً مع عدم حصول الملكية عند الشارع أو العقلاء ، بل إنّما تحصل بعد مدّة طويلة أو قصيرة ، وهذا كما في بيع المكره الذي رضي به بعد مدّة فإنّه بيع حقيقة ولكن لا يترتّب عليه الملكية عند العقلاء أو الشارع إلّا بعد حصول الرضا منه بالمعاملة ، ومع ذلك كيف يمكن أن يقال إنّ الملكية عند الشارع عبارة عن البيع مع أنّ بينهما مدّة طويلة أو قصيرة .

وإن اُريد بالأثر الانتقال والملكية الحاصلة عند نفس البائع ، فهي وإن كانت متحقّقة دائماً مع البيع ، إلّا أنّ هذا المعنى عين تفسير الشيخ (قدّس سرّه) لأنّ الانتقال ليس أثراً للنقل بل هو عينه حقيقة واختلافهما بالاعتبار فإذا لوحظ صدوره من الفاعل يعبّر عنه بالنقل وإذا لوحظ قيامه بمتعلّقه يعبّر عنه بالانتقال ، فهو عين النقل والتمليك بنظر البائع الذي فسّر (قدّس سرّه) به .

وأمّا المعنى الثالث أعني تفسير البيع بالعقد المركّب من الايجاب والقبول فقد نقل الشيخ (قدّس سرّه) عن بعض أنّ هذا هو المراد في جميع أبواب العقود حتّى في العقود التي ليست اسماً لأحد طرفي العقد كالاجارة وشبهها كما سيأتي توضيح الحال فيها فضلاً عن البيع الذي هو اسم لأحد طرفي العقد ، وأنّه بهذا المعنى يقال كتاب البيع ، وأنّ إضافة العقد إلى البيع إضافة السبب إلى المسبّب لا بيانية ، فقد نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عن الشهيد بأنّ إطلاق البيع عليه مجاز بعلاقة السببية ، ثمّ استظهر أن يكون المراد بالمسبّب في كلام الشهيد هو الأثر الحاصل في نظر الشارع لأنّه الذي يتوقّف حصوله على العقد بمعنى الايجاب والقبول دون الأثر الحاصل من فعل الموجب ، لأنّه كما عرفت لا يتوقّف على أزيد من الايجاب وليس بمسبّب إلّا عنه لا عن العقد هذا ، والكلام يقع في جهات :

الجهة الاُولى : فيما أفاده ذلك البعض من أنّ الاجارة وشبهها ليست اسماً لأحد طرفي العقد .

أمّا الاجارة فهي قد تستعمل بمعنى الأُجرة وقد تستعمل بالمعنى المصدري من الثلاثي المجرد وتكون بمعنى الايجار والمؤاجرة ، فهي مصدر أجر ، وهو وآجر بمعنى ، وإن كان أحدهما مجرّداً والآخر مزيداً فيه ولكن كلاهما بمعنى واحد ، كما لا يفرق في آجر بين أخذها من باب الافعال بأن يكون مصدرها الايجار وأخذها من باب المفاعلة ليكون مصدرها على وزن مؤاجرة ، لأنّ جميع ذلك بمعنى إكراء نفسه أو ماله ، وهذا المعنى هو المراد أيضاً في قوله تعالى ﴿**عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي**﴾[١] أي على أن تكري نفسك لي ، لا بمعنى صيرورته أجيراً له كما ذكره بعض مشايخنا المحقّقين[٢] ومجمع البحرين[٣] نعم هو أمر حاصل من إجارة نفسه . وكيف كان فالاجارة بالمعنى الثاني كالبيع اسم لأحد طرفي العقد .

وأمّا شبه الاجارة فقد ذكر السيّد (قدّس سرّه) في تعليقته[٤] أنّ المراد به الوكالة ، وعليه فالجواب أنّ الوكالة أيضاً اسم لأحد طرفي العقد ، لأنّها بمعنى التوكيل ولا فرق بينهما إلّا بالاعتبار ، فبلحاظ إضافته إلى الفاعل يعبّر بالتوكيل وبلحاظ إضافته إلى المفعول يعبّر بالوكالة .

وبالجملة فلم نجد في ألفاظ المعاملات لفظاً لا يكون اسماً لأحد طرفي العقد نعم لم يلحظ الفقهاء في موردين وهما النكاح والوكالة جهة إضافة العقد إلى الفاعل وإلّا لعبّروا بالتوكيل والانكاح ، ولعلّ ذلك لمجرّد الصدفة والاتّفاق أو لنكتة لم تصل إلينا .

الجهة الثانية : فيما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الظاهر أن

---

(١) القصص ٢٨ : ٢٧ .

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٧٣ .

(٣) مجمع البحرين ٣ : ١٩٩ .

(٤) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦٢ .

يكون مراد الشهيد (قدّس سرّه) بالمسبّب الأثر الحاصل في نظر الشارع الخ ، وقد عرفت أنّ الأثر الحاصل عنده ليس إلّا الملكية ، ومن الظاهر أنّ البيع لا يطلق بمعنى الملكية في عرف ولا لغة حتّى يكون إطلاقه على العقد حينئذ بعلاقة السببية .

والظاهر أنّ مراد الشهيد (قدّس سرّه) من المسبّب في قوله : إنّ اطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة السببية ، هو المعنى المنشأ بالعقد ، لما هو المشهور عندهم من أنّ الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فيكون البيع عبارة عن ذلك المعنى المنشأ بالعقد ، فيكون إطلاق البيع على العقد حينئذٍ مجازاً ومن باب إطلاق اللفظ الموضوع للمسبّب على السبب ، هذا . ولكن قد عرفت فساد المبنى وأنّ الانشاء ليس إيجاد المعنى باللفظ ، بل هو إبراز الاعتبار النفساني . ثمّ الظاهر عدم صحّة إطلاق البيع على العقد كما سيأتي في الجهة الثالثة .

الجهة الثالثة : في تحقيق الكلام في أنّ البيع هل يطلق على العقد أو على غيره وأنّه بأيّة علاقة .

الظاهر أنّه لم يثبت إطلاق البيع على نفس الايجاب والقبول في مورد حتّى يتكلّم في وجهه وأنّه بأي علاقة ، بل لعلّ إطلاقه عليه يعدّ من الأغلاط . نعم ، يصحّ إطلاقه على المعاهدة بين البائع والمشتري ، ومنه قولهم « كتاب البيع » وقولهم « يعتبر في البيع الايجاب والقبول » وقولهم « انعقد البيع أو لم ينعقد » وقوله (عليه السلام) « لا بيع بينهما » وغير ذلك ، وهو الذي يعتبر له البقاء ويرد عليه الفسخ والامضاء . وهذا الاطلاق إطلاق مجازي لا محالة ، لما عرفت من أنّ البيع عبارة عن تبديل عين بمال مشروطاً بتعقّب القبول ، والعلاقة ليست علاقة السببية والمسبّبية بل هو من باب إطلاق اللفظ الموضوع للجزء على الكل ، وعليه فإضافة العقد إلى البيع وغيره إضافة بيانية .

فتحصّل ممّا ذكر أنّ البيع له معنيان : أحدهما : مبادلة مال بمال ، وهي المعاهدة

والمعاقدة البيعية التي ذكرناها آنفاً . وثانيهما : تبديل عين بمال إذا تـعقّبه القـبول . والثاني معنى لغوي والأوّل مجازي اصطلاحي .

الكلام في أنّ البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح أو في الأعم

والكلام في ذلك يقع في مقامين :

أحدهما : في إمكان وضع ألفاظ المعاملات للصحيح عند الشارع بعد إمكان ذلك في العبادات ، فإنّ العبادات أُمور شرعية وماهيات اختراعية جعليّة لا مانع من أخذ الصحّة أو ملزومها في معانيها ، وأمّا المعاملات فهي أُمور عرفية لا ربط لها بالشرع ، والصحّة والفساد حكمان واردان على تلك الأُمور المعاملية العرفية فكيف يمكن أخذ الصحّة والامضاء الشرعي في مفاهيمها .

وثانيهما : في وجه تمسّك الأصحاب باطلاقات أدلّة المعاملات كأدلّة البيع والاجارة على القول بوضعها لخصوص الصحيح ، مع أنّها حينئذٍ كالعبادات مجملات ولا يمكن التمسّك باطلاقاتها كما لا يمكن التمسّك بها في العبادات بناءً على وضـعها للصحيحة منها ، لأنّ من شرائط التمسّك بـالاطلاق صـدق المـطلق عـلى المـورد وانطباقه عليه وهو غير متحقّق على هذا المبنى ، لأنّ صدق البيع على فاقد الجزء أو الشرط المحتمل مشكوك لاحتمال عدم صحّته ، والمفروض أنّ معنى البيع هو البـيع الصحيح ، وهذان مقامان وقع الكلام بينهم فيهما ونحن أيضاً نتكلّم فيهما على نحـو الاختصار وقد ذكرنا تفصيله في المباحث الأُصولية فراجع[1].

أمّا المقام الأوّل : فقد وجّهه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] بأنّ البيع فيما

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٣) : ١٩٣ فما بعدها .

(٢) المكاسب ٣ : ٢٠ .

إذا استعمل في الحاصل من المصدر أعني ما يتعلّق به الانشاء وهو المنشأ إنّما يستعمل حقيقة في خصوص البيع الصحيح والمؤثّر واقعاً ، وهذا هو معناه حقيقة ، بمعنى أنّ البيع موضوع للمؤثّر في الملكية واقعاً لا للصحيح عند الشارع حتّى يقال إنّه كيف يمكن أخذ الصحّة والامضاء في مفهوم البيع العرفي ، وعليه فاختلاف الشرع والعرف في بعض المصاديق من جهة الاختلاف في التطبيق ومن باب تخطئة الشرع للعرف لأنّ الشارع عالم بالواقع فيرى أنّه ليس مؤثّراً في الملكية واقعاً فيخطّئ العرف بأنّك لا ترى وما أخذت به ليس مؤثّراً في الملكية الواقعية . فلا نزاع بينهما بحسب المفهوم أبداً ، غاية الأمر أنّ العرف يرى بعض الأُمور مصداقاً لذلك المفهوم والشرع لا يراه مصداقاً له ، كما أنّ الأمر ربما ينعكس فيرى الشارع شيئاً مصداقاً لمفهوم البيع والعرف لا يراه منطبقاً عليه ، فاختلافهما في التطبيق ، والشارع يخطّئ العرف في ذلك مع اتّفاقهما في مفهوم البيع ، وهذا أمر يتّفق كثيراً كنزاعنا في إمكان اجتماع الأمر والنهي واستحالته ، فإنّ مفهوم الامكان والاستحالة أمر لا خلاف فيه ، وإنّما الكلام في تطبيقه على المورد . وكذا النزاع في أعلمية زيد من عمروٍ فإنّ مفهوم الأعلمية معلوم لا خلاف فيه وإنّما الخلاف في تطبيقه على زيد ، أو البحث في أكبرية دار زيد من دار عمرو فإنّ مفهومها ظاهر والكلام في تطبيقها ، وكنزاع الأطبّاء في حرارة شيء وبرودته فإنّه نزاع في الانطباق لا المفهوم كما هو ظاهر .

فالمتحصّل أنّ مفهوم البيع وغيره من العقود والمعاملات موضوع لخصوص الصحيح منها ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس الله سرّه) إنّما يتمّ فيما إذا كان مفهوم البيع كمفاهيم الاستحالة والامكان والأعلمية والأكبرية من الأُمور الواقعية ، وحينئذٍ يمكن أن يقال إنّه موضوع لذلك الأمر الواقعي ، واختلافهما أي الشرع والعرف من جهة الاختلاف في التطبيق ومن قبيل تخطئة الشارع العرف ، فإنّه يرى وجود ذلك

الأمر الواقعي في هذا المورد دون العرف فيخطّئه .

إلّا أنّه عرفت سابقاً أنّ البيع أمر اعتباري ولا واقع له أبداً ، وفي كلّ واحد من البيع العرفي والشرعي الاعتبار حاصل ، غاية الأمر أنّ العرف يعتبره في مورد لا يعتبره فيه الشرع ، أو الشرع يعتبره فيما لا يعتبره فيه العرف ، ولا يقاس ذلك بمثل التعظيم فإنّه أمر واقعي إذ هو بمعنى إظهار عظمة الشخص ، والاظهار بالقيام له أو بغيره أمر واقعي وإظهار للعظمة حقيقة ، غاية الأمر أنّ سبب ذلك الاظهار يختلف باختلاف العادات ففي بعض الأمكنة بالقيام وفي آخر برفع القلنسوة وفي آخر بوضع اليد على الصدر أو على الرأس ، وجميعها موجب لاظهار العظمة حقيقة وهي تجليل له حقيقة ، وهذا بخلاف البيع لأنّ حقيقته الاعتبار فلا وجه لما عن بعض المحشّين[١] من قياس المقام بالتعظيم ، فإنّ المقام أمر اعتباري محض ولا أمر واقعي محفوظ هناك ليقال إنّه منطبق على ذلك المورد أو غير منطبق وأنّ الشارع يخطّئ العرف ، بل اعتبار كلّ واحد منهما موجود واعتبار كلّ منهما غير اعتبار الآخر بالبداهة ، ولا خطأ في الاعتبار أبداً إذ التخطئة في الأُمور الاعتبارية غير معقول نعم يمكن التخطئة في منشأ ذلك الاعتبار بأن يقال إنّ البيع موضوع لما هو المؤثّر في الملكية الصحيحة أي الناشئ اعتبارها من مصلحة واقعية إلّا أنّه أمر آخر مقطوع البطلان ، فإنّ نشوء الاعتبار من مصلحة وعدمه غير مأخوذ في المفهوم العرفي قطعاً .

فحينئذٍ إن قلنا بأنّ البيع عبارة عن اعتبار الملكية ولو في الجملة فهو صادق على كلّ واحد من البيع العرفي والشرعي والتزام بالوضع للأعمّ ، وإن قلنا إنّه عبارة عن الاعتبار الذي أمضاه الشارع فيختصّ بخصوص البيع الصحيح ولكن يعود

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٣٦ .

المحذور المتقدّم من أنّ البيع مفهوم عرفي لا يمكن أخذ الصحّة الشرعية في مفهومه حيث إنّها كالفساد حكم وارد على البيع لا أنّها جزء من مفهومه ، وما يرى من أنّهم يحملون البيع ونحوه في الأقارير على الصحيح فليس من جهة أخذ الصحّة في مفهومه ، بل من جهة ظهور حاله في أنّه لا يقدم على أمر لا فائدة فيه ، وإنّما يعامل معاملة يترتّب عليها الآثار سيّما بعد الالتفات إلى ورود الشرع والشريعة ، فإنّ المسلم لا يرتكب الفاسد بحسب مذهبه ، ولعلّه ظاهر .

فتحصّل : أنّ هذا الإشكال وارد لا مدفع له ، ولا يمكن تصوير وضع ألفاظ المعاملات للصحيحة منها ، بل لابدّ من أن تكون موضوعة للأعمّ منها ومن الفاسدة .

وأمّا المقام الثاني : فقد يشكل التمسّك باطلاقات أدلّة المعاملات على القول بوضعها للصحيح عند الشكّ في دخل شيء في صحّتها ، لأنّ حالها حينئذ حال إطلاقات أدلّة العبادات على القول بوضعها لخصوص الصحيح حيث لا يتمسّكون بها لكونها مجملة حينئذ ، مع أنّ الأصحاب لم يزالوا يتمسّكون بها في موارد الشكّ في جزئية شيء أو شرطيّته في المعاملات ، بل ربما يستكشف من ذلك على نحو الإنّ عدم وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيحة وإلّا لم يكن وجه للتمسّك باطلاقاتها كما لا يخفى .

وكيف كان ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري في وجه ذلك أمرين : أحدهما : أنّ البيع في قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ مستعمل في الحاصل من المصدر المؤثّر واقعاً وحينئذ لابدّ أن يراد به ما هو المؤثّر عند العرف ، وذلك لأنّه لم يبيّن أسباب حصوله ، فإمّا أن يراد به ما هو حاصل بالأسباب العرفية أو غيره ، فعلى الثاني يكون الكلام لغواً لعدم بيان الأسباب ، فصوناً للحكيم عن اللغو يحمل على الأول وتكون نتيجته إمضاء جميع الأسباب العرفية ، فالحاصل أنّ من سكوت الشارع عن

ذكر الأسباب يستكشف أنّها نفس الأسباب العرفية، فتكون إمضاء لها.

ثمّ لا يخفى أنّ هذا التمسّك بالاطلاق غير التمسّك بالاطلاق المتعارف المبحوث عنه في باب المطلق والمقيّد، كما إذا أردنا التمسّك باطلاق خلق الله الماء طهوراً، فإنّ من شرائطه إحراز صدق الماء على المورد المشكوك في حكمه، وبعده نتمسّك باطلاق دليله، وبالجملة لابدّ من انطباق المقسم وصدقه على المورد في التمسّك بالاطلاقات اللفظية، وهذا بخلاف المقام فإنّ صدق البيع على ما نشكّ في صحّته وفساده غير معلوم ومع ذلك نحكم بصحّته من جهة التمسّك بالاطلاق على تقريب عرفته آنفاً، ويسمّى ذلك بالاطلاق المقامي والأوّل بالاطلاق اللفظي، لأنّه من مقتضيات المقام من دون صدق اللفظ عليه، لما عرفت من أنّه لو لم يحمل على ذلك للزم أن يكون لغواً.

وثانيهما: أن يحمل البيع الوارد في الاطلاقات على المصدر أي على إنشاء البيع لا على المنشأ كما في الوجه الأوّل، ويقال إنّ الشارع أمضى إنشاءاتكم للبيع وأنّها صحيحة وممضاة عنده، وعليه يدخل جميع أقسام البيع تحت مفهوم البيع وإن كان فاسداً، نعم يخرج عنه بيع الهازل لأنّه صورة إنشاء البيع وليس قاصداً لانشائه حقيقة، وحينئذ يمكن التمسّك بالاطلاق اللفظي أيضاً، فإذا شككنا في إنشاء بيع أنّه صحيح أو فاسد فبما أنّ إنشاء البيع صادق ومنطبق عليه، نأخذ باطلاق ما دلّ على صحّة الانشاء ونحكم بصحّة ذلك الانشاء المشكوك، هذا.

ولا يخفى عليك ما في كلا الأمرين من الإشكال، أمّا الوجه الثاني فلأنّه خلف، إذ هو مبني على أنّ البيع وغيره من ألفاظ المعاملات موضوعة للأعمّ ومستعملة فيه، فإنّ إنشاء البيع كما هو متحقّق في الصحيح متحقّق في الفاسد أيضاً فلذا ذكرنا أنّ التمسّك بالاطلاق اللفظي ممكن حينئذٍ لصدقه على المشكوك ولا مانع من التمسّك بالاطلاقات على القول بالأعمّ، مع أنّ المفروض أنّها موضوعة للصحيح

منها ومستعملة فيه ، فهذا الوجه خلف .

وأمّا الوجه الأول ، فلأنّه إنّما يتمّ فيما إذا لم يكن في الأسباب العرفية سبب متيقّن للبيع ، وحينئذٍ لابدّ من حمل خطاباته على ما يراه العرف سبباً لمحذور لزوم اللغوية ، وأمّا مع وجوده وهو العقد العربي الماضوي الخالي عن الغرر والربا والمستجمع لجميع العقود والشرائط ، فلا يلزم من عدم إرادة الشارع جميع الأسباب العرفية لغو حينئذ في كلامه ، لامكان إرادة ذلك السبب القطعي وهو كافٍ في دفع محذور اللغوية ، ومعه لا يمكن الأخذ بجميع ما يراه العرف سبباً ، لاندفاع اللغوية به .

فتحصّل : أنّه لا يمكن الاعتماد على شيء من الوجهين المذكورين في كلامه .

وقد ذكر بعضهم أنّ ألفاظ المعاملات إذا قلنا بوضعها للمسبّبات فلا يجري فيها النزاع من أنّها موضوعة للصحيح منها أو الأعمّ ، لأنّ المسبّبات لا تتّصف بالصحّة والفساد بل بالعدم تارةً وبالوجود اُخرى ، وإنّما يجري النزاع فيها فيما إذا قلنا بأنّها أسامٍ للأسباب ، وحينئذ يقع الكلام في أنّها أسامٍ للأسباب التامّة الأجزاء والشرائط أو الأعمّ .

ولكنّك عرفت سابقاً أنّ باب البيع وغيره من الانشائيات خارج عن محيط الأسباب والمسبّبات وليس فيها سبب ولا مسبّب ، وليس هناك إلّا إبراز الاعتبار النفساني على ما فسّرناه سابقاً من أنّ الانشاء عبارة عن إظهار الاعتبار وإبرازه فالبيع مثلاً اسم لاظهار اعتبار الملكية ولا يطلق على نفس الاعتبار المجرّد عن الابراز ولا على الابراز الخالي عن الاعتبار ، لأنّه صورة البيع حينئذٍ نظير بيع الهازل ، وإنّما هو اسم لمجموع الاعتبار المبرز في الخارج بمبرز ومظهر ما كما هو أوضح من أن يخفى .

وعلى هذا يخرج البيع ونظائره عن باب الأسباب والمسبّبات ليقال إنّ النزاع في وضعها للصحيح أو الأعمّ يبتني على أن تكون أسامي للأسباب دون المسبّبات

أو يقال إنّ إمضاء المسبّب لغو من دون إمضاء الأسباب في تصحيح التمسّك بالاطلاق في أبواب المعاملات ، لما عرفت من أنّ كلّ ذلك لم يكن ، وليس في المعاملات إلّا إبراز الاعتبار النفساني فقط .

وعليه فصحّة التمسّك بالاطلاقات فيها في غاية الظهور والوضوح ، وذلك لأنّ البيع حينئذٍ اسم لابراز الاعتبار من دون أخذ الصحّة الشرعية أو العرفية في مفهومه ، بل هو أمر ربما يكون صحيحاً عند العرف وأُخرى فاسداً ، كما يكون صحيحاً عند الشرع أيضاً تارةً وأُخرى فاسداً ، فلم يؤخذ في مفهومه شيء من الامضاءين والاعتبارين أبداً ، وحينئذٍ إذا شككنا في عقد أنّه صحيح أو باطل فبما أنّ صدق إبراز الاعتبار عليه محرز نتمسّك بقوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[2] وغيرهما من المطلقات والعمومات ، لأنّه بيع وعقد على أيّ حال ، فلا مانع من التمسّك بالاطلاق اللفظي فيه بوجه .

فلو تنزّلنا عن ذلك فيمكن تصحيح التمسّك بالاطلاق على القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح بوجه آخر وهو أنّ الأدلّة الدالّة على إمضاء المعاملات بالالتزام كقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإن لم يمكن التمسّك باطلاقاتها بناءً على الصحيح ، لعدم تعيّن إرادة البيع العرفي فيها فيشكّ في صدق البيع على مورد الشكّ إلّا أنّ الأدلّة الدالّة على إمضائها بالمطابقة كقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ لا مانع من التمسّك باطلاقاتها على هذا القول ، لأنّ البيع في تلك الأدلّة ليس إلّا بمعنى ما هو بيع عند العرف ولا يمكن إرادة البيع الصحيح الشرعي في مثلها ، فإنّ البيع الشرعي حلال بنفسه ولا يحتاج إلى إثبات الحلّية له في قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ فإثباتها

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

عليه لغو وتحصيل للحاصل .

فتعيّن أن يراد بالبيع في تلك المطلقات البيع العرفي ، لأنّه الذي يحتاج إلى إثبات الحلّية له شرعاً ، ولا يكون إثباتها له لغواً دون البيع الصحيح الشرعي كما هو ظاهر ، وعليه فكلّ ما كان بيعاً عرفاً وشككنا في صحّته وفساده شرعاً نتمسّك باطلاق قوله ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

ولكن لا يخفى عليك الفرق بين هذا التقريب وبين ما ذكرناه أوّلاً ، فإنّ التمسّك بالاطلاق على هذا الوجه الثاني إنّما يصحّ فيما إذا كان المشكوك بيعاً عرفياً قطعاً ولكن شككنا في صحّته وفساده شرعاً ، وأمّا إذا كان بيعاً مشكوك الصحّة عند العرف أيضاً فلا يمكن التمسّك في مثلها باطلاق ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ إذ لم يحرز أنّه بيع عرفي ليترتّب عليه الحلّية شرعاً ، وهذا بخلاف الوجه الأوّل فإنّه عليه لا مانع من التمسّك بالاطلاق في مشكوك الصحّة عرفاً لعدم أخذ الصحّة عند العرف أو الشرع في مفهوم البيع عليه ، بل إنّما كان موضوعاً لابراز الاعتبار وصدقه على مشكوك الصحّة عند العرف لا يكاد يخفى ، لأنّه إبراز للاعتبار فنتمسّك باطلاق ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه ، إذ هو بيع عند كلّ أحد حتّى العرف ، غاية الأمر أنّه بيع فاسد لا أنّه ليس ببيع ، فلا مانع معه من التمسّك بالاطلاق ، وهذا الوجه هو الصحيح .

الكلام في المعاطاة

المعاطاة عبارة عن إعطاء شيء وأخذ شيء آخر كإعطاء الفلوس وأخذ الخبز وهي الغالب في المعاملات سيّما في الأموال اليسيرة . وقد وقع الكلام في أنّها تفيد الملك أو الاباحة ، وقبل الورود في تحقيق المقال لابدّ من تقديم مقدّمة أشار إليها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] وهي أنّ الاعطاء لمّا كان من الأفعال الاختيارية الصادرة بالارادة والاختيار لم يكن يخلو عن قصد لا محالة نظير غيره من سائر الأفعال الصادرة بالاختيار ، وحينئذٍ فإن كان قصده باعطاء المال بقاءه عند الشخص من دون أن يجوز له التصرّف فيه ولا يخرج عن ملكه فهذا يكون وديعة لا محالة ، غاية الأمر أنّها وديعة فعلية ويتوقّف صحّتها على عدم اعتبار الصيغة في الوديعة ، وإن كان قصده بالاعطاء تحليل الانتفاع به مع بقائه في ملك نفسه فهو عارية لا يترتّب عليه التمليك أبداً ، كما أنّه إذا قصد به إباحة جميع التصرّفات حتّى التصرّفات المتلفة للعين من دون تمليك كان إباحة التصرّف كما في تقديم الطعام إلى الضيف . وأمّا إذا كان قصده به تمليك منافع المال للآخذ مع بقاء عينه في ملكه فهو إجارة ، كما أنّه إذا كان قصده تمليك عين المال للآخذ فإن كان بلا عوض فهو هبة وأمّا إذا كان مع العوض فهو لا محالة بيع ، لما ذكرناه سابقاً من أنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٣ .

تمليك العين بالعوض عبارة عن البيع . وكيف كان فلا نتصوّر إعطاء بلا قصد شيء لما عرفت من أنّه فعل إرادي لا يعقل خلوّه من قصد لا محالة .

ثمّ إنّ المعاطاة وإن كانت جارية في جميع هذه الصور إلّا أنّ محلّ الكلام هو الصورة الأخيرة أعني ما إذا كان قصده بالاعطاء تمليك ماله بالعوض ، وصورة كون قصده إباحة التصرّفات فقط نظير تقديم الطعام للضيف ، ولكن لم يتوهّم أحد في صورة قصد إباحة التصرّفات أن يكون ذلك الاعطاء مفيداً للملكية أبداً ، بل ولا يمكن إسناده إلى أصاغر الطلبة ، لأنّه أمر بلا موجب ولا سبب ، فما يظهر من كلمات شيخنا الأُستاذ(١) من وجود القائل بافادتها الملكية مع قصد الاباحة ليس على ما ينبغي .

فتحصّل : أنّ محل الكلام في المقام ومورد النقض والإبرام في أنّ المعاطاة تفيد الملك أو الإباحة هو صورة قصد المعطي تمليك ماله في مقابل العوض وهذا هو الأغلب ، وأمّا فيما إذا قصد به إباحة التصرّفات فهو وإن كان لا بأس بالتكلّم في حكمه ولكنّه نادر الوقوع جدّاً ، وليس هذا محلّ بحثهم لصراحة كلماتهم في أنّ النزاع في صورة قصد التمليك ، والشاهد على ذلك أنّهم يذكرون ذلك في مقام التعرّض لشروط البيع التي منها الايجاب والقبول فمنه يظهر أنّ مورد كلامهم إنّما هو صورة قصد التمليك غاية الأمر من دون لفظ فيه .

ثمّ إنّ الأقوال في المعاطاة على ما حكاه شيخنا الأنصاري(٢) ستّة :

قول بافادتها الملك اللازم مطلقاً ، وهو قول المفيد (رحمه الله)(٣) من المتقدّمين

---

(١) منية الطالب ١ : ١١٦ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٧ .

(٣) كما نسبه إليه في جامع المقاصد ٤ : ٥٨ وكما يظهر من عبارة المقنعة : ٥٩١ .

وبعض العلماء المتأخّرين كما سنبيّن إن شاء الله .

وقول بافادتها الملكية المتزلزلة والجائزة وبالتلف أو التصرّف المغيّر تصير لازمة ، وهذا قول المحقّق الكركي[١] ناسباً له إلى ظاهر الأصحاب ، وهو وإن كان قولاً برأسه ولكن إسناده ونسبته إلى الأصحاب لا يخلو عن مناقشة كما ذكره شيخنا الأنصاري ، فإنّ ظاهرهم أنّها تفيد الاباحة .

الثالث : التفصيل بين ما إذا كان الدالّ على التراضي بالمعاملة لفظاً فتفيد الملك اللازم وبين غيره فتفيد الملك الجائز . وأمّا التفصيل بين ما إذا كان الدالّ على المعاملة لفظاً وعدمه فهو ليس تفصيلاً في محلّ الكلام ، لأنّه تفصيل بين البيع اللفظي والمعاطاة ، لا تفصيل في المعاطاة بين قسمين منها ، ونسب كلّ من ذلك إلى بعض معاصري الشهيد الثاني (قدّس سرّه) .

الرابع : القول بافادتها الإباحة وهذا أيضاً على قولين ، قول بافادتها حلّية جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك ، وقول[٢] بافادتها إباحة التصرّفات التي لا تتوقّف على الملك ، وهو محكي عن بعض حواشي الشهيد على القواعد .

والسادس : كون المعاطاة معاملة فاسدة لا يترتّب عليها شيء حتّى الإباحة كبقيّة العقود الفاسدة . وهو منسوب إلى العلّامة[٣] في بعض كتبه ، ولكن حكى المحقّق الكركي[٤] عدوله عنه في باقي كتبه .

وما ذهب إليه العلّامة (قدّس سرّه) إنّما يتمّ فيما إذا لم تشمل أدلّة صحّة البيع

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٥٨ .

(٢) هذا هو القول الخامس .

(٣) النهاية ٢ : ٤٤٩ .

(٤) جامع المقاصد ٤ : ٥٨ .

المعاطاة ولم يقم دليل على أنّ المعاطاة تفيد الاباحة ، فإنّه حينئذٍ مال للغير فلا يجوز التصرّف في مال الغير إلّا باذنه ، ولكن كلا الأمرين ممنوع لما ستعرف إن شاء الله من إقامة الدليل على أنّ المعاطاة بيع فتشملها أدلّة صحّة البيع ، وعلى تقدير عدم تماميته نقيم البرهان على أنّها تفيد الاباحة ، فلا يبقى معه مجال لما ذهب إليه العلّامة (قدّس سرّه) ويبقى في البين الأقوال الخمسة المتقدّمة .

وبعد ذلك نقول : البيع كما عرفت عبارة عن تبديل عين بعوض في عالم الاعتبار في جهة الملكية المبرز في الخارج بمبرز من المبرزات ، وهذا كما ترى متحقّق في المعاطاة أيضاً بأسره ، وعليه فالمعاطاة بيع حقيقة ومفيدة للملك اللازم ، إذ يشملها عمومات حلّ البيع والتجارة بل وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(١) لأنّها بيع ومصداق للتجارة عن تراضٍ كما يصدق عليها أنّها عقد فيجب الوفاء به ، وعليه فالقاعدة الأوّلية تقتضي قول المفيد (قدّس سرّه) .

وما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) من أنّ البيع لا يصدق على المعاطاة لأنّه عبارة عن التبديل في عالم الاعتبار ، والمعاطاة تبديل فعلي خارجي ، والتبديل الاعتباري لا يوجد به خارجاً ، مندفع بأنّ المدّعى أنّ البيع أمر إنشائي أي اعتبار نفساني مبرز في الخارج بمبرز ما ، والمبرز كما يكون قولاً في بعض الموارد ، كذلك يمكن أن تكون إشارة أو كتابة أو فعلاً ، وصحّة ذلك بمكان من الوضوح ، ولا ندّعي أنّ الأمر الاعتباري يمكن أن يتحقّق خارجاً ، وإنّما المراد أنّ الفعل الخارجي مبرز لذلك الاعتبار النفساني ، لأنّ الاعتبار صقعه النفس دون الخارج ، ولا مانع من أن يكون المبرز فعلاً من الأفعال كما يمكن أن يكون إشارة أو غيرها . نعم لو فسّرنا

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) منية الطالب ١ : ١١٩ .

الانشاء بإيجاد المعنى باللفظ لكان لما أفاده وجه ، ولكنّا ذكرنا غير مرّة أنّ اللفظ لا يعقل أن يكون موجداً لشيء من التكوينيات أو الاعتباريات ، فليس معنى الانشاء إلّا ما أشرنا إليه ، وعليه فالمعاطاة بيع حقيقة فتشملها أدلّة الصحّة واللزوم .

فلو قام إجماع تعبّدي على عدم إفادة المعاطاة اللزوم ، فإن قام على عدم إفادتها اللزوم على نحو الاطلاق فنتنزّل إلى ما أفاده المحقّق الثاني من الالتزام بالملك الجائز فإنّها حينئذٍ بيع غير لازم للاجماع فرضاً ، وأمّا إذا قلنا بأنّ الإجماع دليل لبّي لا يمكن التمسّك باطلاقه بل نأخذ بالمقدار المتيقّن منه وهو صورة عدم كون ما يدلّ على التراضي لفظاً ، فحينئذٍ نتنزّل إلى هذا القول ونفصّل بين ما إذا كانت القرينة الدالّة على التراضي لفظيّة فتفيد الملك اللازم وبين ما إذا لم تكن كذلك فنلتزم بالملك الجائز .

ثمّ لو تنزّلنا عن ذلك أيضاً وقلنا بأنّ المعاطاة لا تفيد الملك ولو من جهة قوله (عليه السلام) « إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام »[1] على ما سيأتي ، أو لغير ذلك ممّا أقاموه على عدم كون المعاطاة مفيدة للملك ، فنلتزم بأنّها تفيد إباحة التصرّفات إلى زمان حصول الملزم ، وبعده تفيد الملك ، فمرجع هذا القول إلى أنّ حصول الملكية بالمعاطاة مشروط بالتلف أو التصرف كاشتراطها بالقبض في بيع الصرف وبالاقباض في الهبة ، فامضاء الملكية شرعاً يكون متأخّراً عن تحقّق المعاطاة وما بين الزمانين أعني زمان المعاطاة وزمان التلف قد حكم الشارع فيه بالإباحة والدليل عليه هو السيرة ، وأمّا أنّ هذه الإباحة إباحة جميع التصرّفات أو التصرفات التي لا تتوقّف على الملك فلابدّ في تحقيقه من ملاحظة السيرة وأنّها جارية في جميع التصرّفات أو فيما لا يحتاج إلى الملك ، فلو شككنا في ذلك لابدّ من

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح ٤ .

الأخذ بالمقدار المتيقّن من السيرة، لأنّها دليل لبّي كالإجماع والمقدار المتيقّن منها هو التصرّفات غير المتوقّفة على الملك.

ومن هذا البيان ظهر أنّ المعاطاة على القولين الأخيرين أعني إفادتها الإباحة دون الملك ليست من قبيل ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع، وليست منافية لقاعدة تبعية العقود للقصود التي هي من القواعد المسلّمة المستفادة من قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(١)، فإنّ الوفاء بالعقد إنّما هو باتمامه على ماقصد، وذلك لأنّ هذه الإباحة إباحة شرعية، نعم لو كانت إباحة مالكية كان من باب ما وقع لم يقصد ويلزم تخلّف العقد عن القصد، لأنّ هذه الاباحة لم تقصد وقد وقعت بامضاء العقد.

إلى هنا ظهر مدارك الأقوال وأنّ مستندها ماذا، وبعد ذلك نرجع إلى تحقيقها وأنّ أيّها تامّ وأيّها غير تامّ ولا يمكن الالتزام به.

كما ظهر أنّ ما ذهب إليه المحقّق الثاني(٢) وصاحب الجواهر (قدّس سرّهما)(٣) كلاهما خارج عن جادّة الصواب، وأنّه لا يمكن حمل الاباحة في كلمات الأصحاب على الملك المتزلزل كما صنعه المحقّق المذكور، لأنّ المشهور يلتزمون بافادتها الاباحة على التقريب المتقدّم، ولا يلتزمون بالملك الجائز بوجه، كما أنّ حمل كلماتهم على صورة قصد الاباحة بعيد وإن صدر عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) فإنّ ظواهر كلماتهم إرادة صورة قصد التمليك بالمعاطاة.

ودعوى أنّها مع قصدهما التمليك كيف يمكن الالتزام بافادتها الاباحة مع أنّ العقود تابعة للقصود ويلزم حينئذٍ أن يتحقّق ما لم يقصد، مدفوعة بأنّ المشهور كما

---

(١) المائدة ٥: ١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٣) لاحظ الجواهر ٢٢: ٢١٣ فما بعدها.

عرفت ملتزمون بإفادتها الملك ، غاية الأمر لا من الابتداء بل بعد عروض أحد الملزمات ، وإنّما التزموا بالاباحة إلى زمان عروضه لأجل السيرة المتقدّمة ، فهي إباحة شرعية وليست مالكية ليقال إنّه وقع ما لم يقصد ، ولا مانع من أن يتصرّف الشارع فيما قصده المتعاملان بامضائه من جهة وردعه من جهة اُخرى . كما وقع نظير ذلك في بيع الصرف والسلم وكذلك في الهبة فإنّ التمليك فيها متوقّف على الاقباض ، مع أنّ قصده موجود من الابتداء ، غاية الأمر أنّ التصرّف فيها قبل حصول الاقباض فاسد وحرام ، وفي المعاطاة قبل عروض أحد الملزمات لا مانع من التصرف في المال لأجل السيرة المتقدّمة التي هي إباحة شرعية .

فتحصّل : أنّ محلّ كلامهم ومورد نقضهم وإبرامهم إنّما هو صورة قصد المتعاطين التمليك دون الاباحة ، وبعدما عرفت ذلك نرجع إلى تحقيق الأقوال المتقدّمة وبيان صحيحها وتمييزه عن فاسدها .

قد عرفت أنّ المفيد (رحمه الله) ذهب إلى أنّ المعاطاة تفيد الملك اللازم وهو مقتضى القاعدة الأوّلية ، والكلام في تحقيقه يقع في مقامين : أحدهما : في إفادتها الملكية . وثانيهما : في كونها لازمة أو جائزة .

أمّا إفادتها الملكية فيمكن الاستدلال عليها بوجوه :

الوجه الأوّل : السيرة المستمرّة بين المسلمين والمتشرّعين في معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك ، فلذا يرونه منتقلاً إلى وارثه بعد موته ، وثبوت ذلك بينهم ممّا لا يقبل الانكار ، هذا .

وقد ناقش فيها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بما ذكره في أواخر كلامه من أنّ مثل هذه السيرة إنّما نشأت من عدم مبالاتهم بالدين ولا يمكن الاعتماد عليها

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٢ .

أبداً ، وإلّا فلابدّ من رفع اليد عن المحرّمات التي جرت سيرتهم على ارتكابها أو الواجبات التي جرت عادتهم على تركها ، وهو كما ترى لا يمكن الالتزام به ، فلا ينبغي الاعتماد على هذه السيرة في المقام ، هذا .

وردّه السيّد في حاشيته[١] باستلزامه عدم اعتبار السيرة رأساً ، لأنّ هذا الاحتمال موجود في جميع موارد ثبوتها بل ذكر بعضهم أنّه عليه فعلى السيرة السلام .

ولكن الحقّ مع الشيخ (قدّس سرّه) لأنّ السيرة في المقام لا يمكن إثبات اتّصالها بما هي سيرة المتشرّعة وكاشفة عن رضا الشارع بزمان المعصوم (عليه السلام) ، كيف ومراجع التقليد قبل المحقّق الثاني كانوا يفتون بعدم إفادتها الملك ، وهل يمكن مع ذلك أن تكون سيرة المتشرّعة في تلك الأعصار ناشئة عن منشأ صحيح ، وهل يشكّ به على تقدير ثبوتها في كونها ناشئة عن عدم المبالاة ، ولا تقاس هذه بالسير التي لم تكن مخالفة لفتاوى مراجع التقليد في زمان ما .

مضافاً إلى أنّ السيرة لو قامت فإنّما هي في الأشياء اليسيرة وأمّا الأُمور الخطيرة فلا يكتفون فيها بمجرّد التراضي والمعاطاة ، بل يجرون الصيغة وغيرها من شرائط البيع ، هذا .

والصحيح أن يستدلّ في المقام بالسيرة المتحقّقة بين العقلاء الثابتة قبل زمان الشرع والشريعة ، فإنّهم قبل الشريعة المقدّسة كانوا يكتفون في معاملاتهم بمجرّد الأخذ والاعطاء من دون إجراء الصيغة بينهم ، كما هو الحال فعلاً بين العقلاء غير المسلمين فإنّهم لا يعتبرون الصيغة في المعاملات ، وهذه السيرة كانت بمرأى من النبي (صلّى الله عليه وآله) والأئمّة الأطهار (سلام الله عليهم أجمعين) ومع ذلك لم يردعوا عنها وهو يكشف عن رضاهم بها كشفاً قطعيّاً ، إذ لولا رضاهم بها لردعوا عنها

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦٨ .

كغيرها من السيرات العقلائية التي ردع عنها الشارع في موارد كثيرة ، وما يتوهّم أن يكون رادعاً عن السيرة أمران : أحدهما الإجماع على عدم إفادة المعاطاة للملك . وثانيهما : حديث « إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام » وسيأتي بطلان كلا الأمرين وعدم صحّة الردع بهما عن قريب إن شاء الله فانتظر [١].

وعليه فلا يحتاج إلى ملاحظة السيرة بعد زمان الأئمّة (عليهم السلام) ليقال إنّها مخالفة لفتوى الفقهاء المتقدّمين ، لكفاية ثبوتها في زمانهم (عليهم السلام) مع عدم ردعهم ، وعليه فنسأل عن مدرك الفتاوى .

الوجه الثاني : قوله تعالى : ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ [٢] وشيخنا الأنصاري [٣] حمل الآية على الحلّية التكليفية ، وبما أنّه رأى عدم مناسبتها مع البيع ـ إذ لم يتوهّم أحد حرمة البيع تكليفاً ، غاية الأمر أن يكون فاسداً نظير البيع الغرري فإنّ النهي عنه ليس بمعنى كونه محرّماً تكليفياً بل المراد أنّه فاسد ولا يترتّب عليه الأثر ـ فالتزم بتعلّق الحلّ بالتصرّفات المترتّبة على البيع واقعاً ، وإنّما اُسند إلى البيع لفظاً من باب المجاز في الاسناد لأنّ البيع سبب لها أو من باب المجاز في الحذف ، فاستند في الاستدلال بالآية على صحّة البيع إلى الدلالة الالتزامية ، فإنّ جواز جميع التصرفات مستلزم شرعاً لثبوت الملك وصحّة البيع . ثمّ وقع في الإشكال من حيث إنّ جواز التصرّفات تكليفاً لازم أعمّ للملك ، ولذا قالوا بثبوته دون الملك ، ولم يتخلّص من الإشكال .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنّ الحلّ في الآية المباركة بما أنّه وقع في مقابل

---

(١) راجع الصفحة ١٠٨ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٠ .

الحرمة في قوله تعالى ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ لم يمكن حمله على الحلول بمعنى القرار والثبوت في مقابل الرحلة والخروج بأن يكون معنى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ أقرّ الله البيع وأثبته في مقرّه أي لم يتصرّف فيه برفعه بل أبقاه على حاله من الصحّة والجواز كما ذكره بعض مشايخنا المحقّقين[1]، وذلك لما عرفت من أنّه في مقابل الحرمة في الآية المباركة وليس في مقابل الرحلة ليحتمل حمل الحلّ على الحلول، بل إنّما هو في مقابل الحرمة كما هو واضح.

والظاهر أنّه بمعنى الحلّ في مقابل الشدّ والعقد وأنّ الله أحلّ البيع، يعني أرسله وأطلقه ولم يشدّه ويمنع عنه، بخلاف الربا فإنّه منع عنه وقيّده، فالبيع محلول في مقابل الممنوع والمشدود، وهذا المعنى للحل يجتمع مع كل من الحلّية التكليفية والوضعية بحسب اختلاف الموارد، فإذا أُسند في كلام الشارع إلى الأفعال أو الموضوعات الخارجية أُريد به الحل من حيث التكليف وعدم العقاب، وإذا أُسند إلى الاعتبارات العرفية كالبيع أُريد به الصحّة والنفوذ بمناسبة الحكم والموضوع، كما أنّ الحرمة أيضاً كذلك تجتمع مع كلّ من التكليف والوضع بحسب اختلاف الموارد، وعليه فالآية تدلّ بالمطابقة على صحّة البيع ونفوذه بقرينة إسناد الحلّ إلى البيع الذي هو من الاعتبارات العرفية.

ويمكن تقريب دلالة الآية بوجه آخر يمكن جعله تصحيحاً أو تتميماً لتقريب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وحاصله الاستدلال بالدلالة التزامية العرفية، فإنّ الحكم بجواز جميع التصرفات في الثمن أو المثمن تكليفاً ظاهر عرفاً في إمضاء البيع كما أنّ المنع عنها ظاهر عرفاً في فساده، كما استظهرناه من قوله (عليه السلام): « ثمن العذرة سحت » ووجه هذه الدلالة أنّ هذا الجواز جواز تصرّف مالكي وبعنوان

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ١٠٥.

المالكية وهو عبارة أُخرى عن إمضاء الملك ، وقد رتّب في الآية على البيع ، فيكون ظاهراً في إمضاء البيع وإفادته الملك . ومنه يظهر أنّ قياس هذا الجواز للتصرفات بغيره ممّا لم يكن بعنوان المالكية فاسد ، فإنّ جواز التصرّف لا بعنوان المالكية لا يدلّ على الملك بخلافه بذاك العنوان .

وأمّا الاستدلال بالدلالة الالتزامية العقلية بدعوى أنّ جواز جميع التصرفات حتّى التصرفات المتوقّفة على الملك يستلزم عقلاً ثبوت الملك ، ففيه أنّ جواز التصرف المتوقّف على الملك لا يكشف عن الملك من حين العقد بل يكشف عن الملك قبل التصرف آناً ما ، فالآخذ بالمعاطاة يجوز له البيع والوطء لكن البيع والوطء المسبوق بالملك آناً ما لا من حين المعاطاة ، فما ذكره شيخنا المحقّق[1] ناسباً له إلى الآخوند في حاشيته[2] في تقريب حصول الملكية من حين ثبوت الجواز وتحقّق المعاطاة من أنّ فعلية جواز جميع التصرفات من حين العقد تستلزم فعلية الملك من ذلك الحين ، لأنّه يقال إنّ كلّاً من المتعاطيين يجوز له التصرف المتوقّف على الملك فيما انتقل إليه فعلاً وكل من يجوز له ذلك التصرف فعلاً فهو مالك وهذا قياس ينتج أنّ كلاً من المتعاطيين مالك لما انتقل إليه فعلاً ، فيه : أنّ جواز التصرّف وإن كان فعلياً من حين تحقّق المعاطاة إلّا أنّه لا يكشف عن فعلية الملك من ذلك الحين ، لأنّ متعلّقه يقتضي سبق الملك على التصرّف آناً ما ، فرجع هذا الجواز إلى جواز التملّك فعلاً لا إلى الملك الفعلي .

ثمّ ربما يورد على دلالة الآية على جواز جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك أنّ موضوع هذا الجواز هو الملك ولا يمكن إثباته بهذا الحكم ، لأنّ الحكم لا

---

(١) حاشية المكاسب (للأصفهاني) ١ : ١٠٥ .

(٢) حاشية المكاسب (الآخوند) : ١١ .

يثبت موضوعه ، بل ربما يدعى أنّ أدلّة توقّف تلك التصرفات على الملك يقتضي تخصيص جواز التصرفات المستفاد من الآية بغير المتوقّفة على الملك ، ولكنّه يندفع أوّلاً بأنّه بعد استظهار جواز التصرفات المترتّبة على البيع لا نشكّ في شمولها للتصرفات المتوقّفة على الملك ، لأنّها من أظهر مصاديقها عرفاً ، فإنّ العرف يرتّب هذه التصرفات على البيع .

وثانياً : أنّ الحكم وإن كان لا يثبت موضوعه خارجاً إلّا أنّه يمكن أن يكشف عنه ، والمقام من هذا القبيل ، فإنّ المدّعى كشف جواز التصرفات عن تحقّق الملك لا إثبات الملك خارجاً . وعليه فلا مانع من دلالة الآية على جواز جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك ولا تكون أدلّة التوقّف على الملك مخصّصة لها لأنّ أدلّة التوقّف موضوعها الملك والآية تثبت الملك فلا تنافي بينهما ليحمل أحدهما على الآخر .

والحاصل أنّه يمكن تقريب دلالة الآية على حصول الملك بالمعاطاة بوجهين أحدهما بالدلالة المطابقية وهو المختار . وثانيهما بالدلالة الالتزامية العرفية الذي جعلناه تصحيحاً لتقريب الشيخ (قدّس سرّه) ، ولكن هذا الوجه خلاف الظاهر .

الوجه الثالث : عقد الاستثناء من قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(١) وتقريب دلالتها على أنّ المعاطاة تفيد الملك ما تقدّم في الآية السابقة وتوضيحه : أنّ المراد بالأكل إمّا التملّك وإمّا التصرف ، فعلى الأوّل تدلّ بالمطابقة على حصول الملك بالمعاطاة ، وذلك لدلالتها على جواز تملّك أموال الناس بالتجارة عن تراضٍ التي منها المعاطاة ، والمراد بالجواز حينئذ الصحّة لاسناده إلى الفعل الاعتباري ، والتعبير بالأكل كناية عن

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

التملّك شائع في الاستعمالات العرفية حتّى في لغات غير العرب . وعلى الثاني تدلّ بالملازمة العرفية على ذلك ، وذلك لأنّ معناها حينئذ أنّه يجوز تكليفاً التصرف في أموال الناس بالتجارة عن تراض ، وجواز جميع التصرفات تكليفاً حتّى المتوقّفة على الملك يلازم الملك عرفاً .

الوجه الرابع : قوله (عليه السلام) : « الناس مسلّطون على أموالهم »[١] وزاد بعضهم قوله « وعلى أنفسهم » ولكنّه غير موجود في الرواية ، وكيف كان فهذه الرواية وإن كانت مشهورة بين الأصحاب ويتمسّك بها الأكابر في موارد متعدّدة إلّا أنّ للمناقشة في سندها ودلالتها مجالاً واسعاً .

أمّا بحسب سندها ، فلأنّها نبوية لم توجد في كتب الحديث المعتبرة للشيعة نعم رويت مرسلة في بحار الأنوار ، وقد أمر شيخ الشريعة الأصفهاني في زمانه بأن يتفحّص عنها المحصّلون ، ولكنّهم فحصوا ولم يظفروا بها ثمّ هو (قدّس سرّه) نبّه على مكانها ، ودعوى انجبار ضعف سندها بعمل المشهور ممنوع صغرى وكبرى ، إذ استنادهم إليها غير محرز ، وعلى تقدير إحراز أنّهم استندوا إليها في عملهم لا دليل على أنّه يوجب انجبار ضعف سند الرواية ، كما ذكرنا تفصيله في الأُصول[٢] فراجع .

وأمّا بحسب الدلالة فلأنّ محتملاتها ثلاثة :

الأوّل : أن يراد بالرواية سلطنة الناس على أموالهم من حيث أنواع التصرفات وأسبابها ، كأن يكونوا مسلّطين على تمليك أموالهم مثلاً بأي كيفية وأي سبب شاؤا ولو كان ذلك السبب غير متعارف ومجعولاً من المتبايعين ، فيشمل ما إذا اتّفق شخصان على انتقال مال كل منهما إلى الآخر بدخول دار مثلاً ، فيكون نافذاً

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

(٢) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٢٧٩ فما بعدها .

بعموم النبوي . وهذا الاحتمال مبنى الاستدلال ، فيقال إنّ الناس مسلّطون على تمليك أموالهم بالمعاطاة .

الثاني : أن يراد بها سلطنة الناس على أموالهم من حيث أنواع التصرفات فإذا شكّ في بعض التصرفات كالأكل والشرب والايجار مثلاً يتمسّك في جوازه بالحديث ، وهذا الاحتمال مختار الشيخ (قدّس سرّه)(١)، وعليه لا تدلّ الرواية على المقصود .

الثالث : أن تكون ناظرة إلى سلطنة المالك من جهة إضافة المال إليه في مقابل الحجر عليه لا من جهة سائر الأحكام الشرعية التي لا ربط لها بحيثية إضافة المال إلى مالكه ، فمعنى الرواية أنّ سلطنة الناس على أموالهم من حيث إضافتها إليهم تامّة ، فلا تتوقّف تصرفاتهم المشروعة على إذن الغير أو إجازته ، وعليه فإذا شكّ في اعتبار إذن الغير أو إجازته في صحّة عقد بعد ثبوت مشروعيته ـ كما احتملوا اعتبار إذن الزوج في صحّة هبة الزوجة أموالها للغير ـ دفع اعتباره بالحديث . وعلى هذا الاحتمال أيضاً لا تدلّ الرواية على المدّعى .

والظاهر من هذه الاحتمالات هوَ الأخير ، ومن هنا لو شكّ في حلّية أكل جزء من أجزاء الحيوان المملوك لا يتمسّك أحد بالحديث لاثبات جوازه ، وكذا لو شكّ في حلّية أكل لحم الأرنب المملوك ، وسرّ ذلك ما بيّناه من عدم كون الحديث ناظراً إلى الأحكام الشرعية التي يشكّ فيها من غير جهة إضافة المال إلى مالكه ، إذن فالحديث أجنبي عمّا نحن فيه .

وفي الوجوه السابقة كفاية وبها نحكم بأنّ المعاطاة تفيد الملك وإن كانت الشهرة على خلافه إلّا أنّه لا مانع من الانفراد إذا ساعدنا الدليل . مع أنّا لسنا

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١ .

منفردين لموافقة المفيد (رحمه الله) والمحقّق الثاني والمتأخّرين، وليكن هذا من أحد الموارد التي ذهب المتأخّرون فيها على خلاف المتقدّمين، نظير مسألة البئر فإنّ المتقدّمين بنوا على تنجّسه من غير نكير وقد انقلب ذلك عند المتأخّرين انقلاباً عجيباً فبنوا على طهارته وعدم انفعاله.

مناقشة كلام كاشف الغطاء (قدّس سرّه)

بقي هناك شيء وهو أنّه هل يمكن الالتزام بافادة المعاطاة الملك بمجرد استبعادات كاشف الغطاء[1] مع قطع النظر عن الوجوه المتقدّمة الدالّة على المطلوب أو أنّها استبعادات محضة لا تثبت المطلوب ولا يمكن الالتزام بمجردها بإفادة المعاطاة الملك، فيقع الكلام في أنّه هل يمكن الالتزام بافادة المعاطاة الملك من جهة ما أفاده كاشف الغطاء من أنّ القول بافادة المعاطاة إباحة التصرفات يستلزم تأسيس قواعد جديدة، أو لا يمكن الالتزام بها بمجرد استبعاداته (قدّس سرّه).

من تلك القواعد التي ذكر (قدّس سرّه) أنّه يلزم تأسيسها بناءً على القول بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة لزوم أن لا يقع ما قصد ووقوع ما لم يقصد مع أنّ العقود تابعة للقصود، وذلك لأنّ مقصود المتبائعين في المعاطاة إنّما هو الملك، فإذا قلنا بأنّها تفيد حلّية التصرّفات دون الملك فيلزم المحذور من وقوع ما لم يقصد وعدم وقوع المقصود.

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (رحمه الله)[2] بالحلّ والنقض.

أمّا الحلّ: فهو أنّ تبعية العقود للقصود إنّما هي في العقود الصحيحة المضاة

---

(١) شرح القواعد: ٥٠.

(٢) المكاسب ٣: ٤٦ ـ ٤٨.

شرعاً ، وذلك لأنّ معنى الصحّة هو ترتّب الأثر المقصود ، فلا يعقل الحكم بالصحّة مع عدم ترتّب الأثر المقصود .

وأمّا المعاطاة فهي عند القائل بالاباحة ليست من العقود الصحيحة ليكـون الحكم بصحّتها مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليها مستحيلاً ، بل هي معاملة فعلية لم يدلّ على صحّتها دليل ، وإنّما حكم فيها بالاباحة بدليل خاصّ دلّ عليها .

وأمّا النقض ، فقد أورد عليه بنقوض خمسة :

الأوّل : بالبيع الفاسد ، فإنّ المشهور ذهبوا إلى أنّه يوجب الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية فيما إذا كان يضمن بصحيحه ، مع أنّ مقصود المتبائعين الضمان بالمسمّى لا البدل الواقعي أعني المثل أو القيمة ، فلزم هناك أن يقع ما لم يقصد وعدم وقوع ما قصد ، فهذا ليس أمراً غريباً لوقوعه في الشريعة ، ثمّ أفاد أنّ الضمان بالمثل أو القيمة ليس مستنداً إلى قاعدة اليد في المقام وإنّما الوجه فيه هو إقدامهما على الضمان .

الثاني : الشرط الفاسد ، فإنّ المشهور أنّه لا يوجب فساد المعاملة ، فالواقع هي المعاملة المجرّدة عن الشرط مع أنّ المقصود هو المعاملة المقرونة بالشرط .

الثالث : بيع ما يُملك وما لا يُملك وبيع ما يَملك وما لا يَملك كبيع الخنزير مع الشاة وبيع دار نفسه مع دار غيره بلا إذن منه ، فإنّهم حكموا بصحّة البيع فيما يُملك أو فيما يَملكه دون ما لا يملك بالفتح أو الضمّ ، مع أنّ مقصودهما بيع أحدهما منضمّاً إلى الآخر لا بيع أحدهما وحده كما لا يخفى ، فوقع ما لم يقصد ولم يقع ما هو المقصود في المعاملة .

الرابع : بيع الغاصب لنفسه ، فإنّه إذا أمضاه المالك يقع البيع له دون الغاصب فمقصود الغاصب وهو بيعه لنفسه لم يقع ووقع ما لم يقصده وهو وقوعه للمالك .

الخامس : النكاح الانقطاعي ، فإنّ الزوجين إذا نسيا ذكر الأجل في العقد ينقلب دائميّاً مع أنّ المقصود هو الزوجية الانقطاعية فما قصد لم يقع ووقع ما لم يقصده

المتعاملان وهو الزوجية الدائمية ، هذا ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

أقول : أمّا الحلّ فالأنسب الأولى أن يقال تتميماً لكلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إنّ القائل بالاباحة في المعاطاة إن أراد بها الاباحة إلى الأبد ورأى عدم شمول شيء من الأدلّة المتقدّمة الدالّة على الملك للمعاطاة ، فما أفاده (قدّس سرّه) في الحلّ في غاية الوجاهة والمتانة حينئذ ، لأنّ الاباحة حينئذ إباحة شرعية مستندة إلى أدلّتها لا مالكية مستندة إلى صحّة العقد ، فالمعاطاة معاملة فاسدة ، وإنّما أباح الشارع للمتعاطيين التصرف ، فهي إباحة شرعية .

وأمّا إذا كان القائل بالاباحة ملتزماً بشمول أدلّة البيع للمعاطاة ، نظير **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾**(١) و **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(٢) أو عموم « الناس مسلّطون على أموالهم »(٣) وقال بأنّ الاباحة ثابتة إلى زمان طروء أحد الملزمات فيثبت الملك قبله آناً ما فحينئذ لا وجه لدعوى أنّ الشارع لم يمض ما قصده المتعاملان ، بل قد أمضى ما قصداه غاية الأمر لا متصلاً بزمان البيع بل على نحو الانفصال ، وللشارع أن يتصرّف فيما يوقعه المكلّفون بهذه الكيفية من التصرفات ، وعليه فالمعاطاة تفيد الملك على نحو الانفصال فلم يتخلّف المقصود عن العقد .

لا يقال : إنّ ما قصداه هو الملكية المتّصلة بالعقد وما أمضاه الشارع هو الملكية المنفصلة عنه وهو غير ما قصده المتعاملان فتخلّف العقد عن القصد .

فإنّه يقال : معنى لزوم أن يكون العقد تابعاً لقصد المتبائعين أنّه بعد إمضائه وصحّته لابدّ أن يكون على نحو ما قصده المتعاملان ، والمقام كذلك فإنّ المعاطاة قبل

---

(١) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

طروء أحد الملزمات آناً ما تصير ممضاة وهي مفيدة للملك المقصود في ذلك الحين وعدم إفادة الملك قبله إنّما هو لأجل فسادها وعدم إمضائها فلا يضرّ بقاعدة تبعية العقود للقصود ، وهو نظير اشتراط القبض في الهبة والصرف والسلم فإنّهما قد قصدا الملكية من حين البيع والهبة مع أنّ الملكية إنّما تحصل بعد حصول القبض فيها ، ولا يقال حينئذ إنّها من باب تخلّف العقود عن القصود ، ولعلّه ظاهر إذ هي قبل تحقّق القبض فاسدة كفساد المعاطاة قبل عروض أحد الملزمات أي لم يمضها الشارع قبله نعم بين المعاطاة وبين الهبة والصرف فرق وهو أنّ التصرف فيهما قبل حصول الملكية حرام بخلافه في المعاطاة فإنّه جائز فيها قبل عروض أحد الملزمات كما تقدّم سابقاً . هذا كلّه فيما يرجع إلى الحلّ .

وأمّا النقوض فلا يرد شيء منها على كاشف الغطاء (قدّس سرّه) .

أمّا النقض بالضمان في البيوع الفاسدة فلما سيأتي في محلّه إن شاء الله تعالى[1] من أنّه من جهة قاعدة على اليد ما أخذت الخ وذكر الإقدام تتميم للاستدلال بالقاعدة لا أنّه بنفسه يقتضي الضمان بالمثل أو القيمة ، وذلك لأنّ اليد إنّما يقتضي الضمان فيما إذا كان الأخذ مبنيّاً على الضمان كما في البيع والغصب ونحوهما لا في مطلق الأخذ وإن كان مجانياً كما في الوديعة والهبة ونحوهما ، وحينئذ فالدليل على الضمان بالبدل الواقعي هو اليد والاقدام على الضمان ذكر لبيان أنّها لم تكن مجّانية . وبالجملة الشارع لم يمض العقد فيها حسب الفرض فهي فاسدة والضمان من جهة على اليد ، لا أنّ الشارع أمضى خلاف ما قصده المتعاملان .

وأمّا النقض الثاني ومسألة الشرط الفاسد فلأنّ الشرط إذا كان شرطاً لأصل البيع بأن يكون أصل العقد معلّقاً عليه كما إذا قال : بعتك هذا المال بشرط أن

---

(١) في الصفحة ٢٣٥ فما بعدها .

تكذب وإلّا فلا أبيعه أصلاً ، فهذا البيع باطل سواء كان الشرط في حدّ نفسه فاسداً أو لا ، لأنّ التعليق في العقود والايقاعات يوجب البطلان ، فلا يلزم تخلّف العقد عن القصد على هذا التقدير ، إذ لا عقد ممضى حتّى يتخلّف أو لا يتخلّف .

وأمّا إذا كان الشرط الفاسد شرطاً للوفاء بالعقد والبقاء على الالتزام بـه لا لأصل العقد فكذا لا يلزم التخلّف ، وذلك لأنّ العقد المقصود حينئذ مطلق وقد وقع مطلقاً ، فلم يتخلّف العقد عن القصد .

ولا فرق بين الشرط الصحيح والفاسد من هذه الجهة ، فالشرط مطلقاً سواء كان صحيحاً أم فاسداً إن كان شرطاً للعقد بأن كان العقد معلّقاً عليه ، كان العـقد باطلاً للتعليق ، وإن كان شرطاً للوفاء والالتزام بالعقد كان العقد مطلقاً وقد اُمضي كذلك ، نعم يجب الوفاء بالشرط الصحيح لقوله (صلّى الله عليه وآله) « المؤمنون عند شروطهم »[1] ولا يجب في الشرط الفاسد لما ورد من أنّ « شرط الله أسـبق مـن شرطكم »[2] فيخصّص به عموم « المؤمنون عند شروطهم » ويختصّ بما لم يخالف الكتاب والسنّة ، وفي كلا الشرطين الصحيح والفاسد يثبت الخيار عند تخلّفه عـلى المختار كما سيأتي وإن كان في ثبوت الخيار مع تخلّف الشرط الفاسد خلاف .

وأمّا النقض الثالث فهو مندفع بما سيصرّح به هو (قدّس سرّه) من أنّه ليس معاملة واحدة في الحقيقة بل هو بيعان قد أبرزهما بمبرز واحد وأنشأهمـا بـانشاء فارد ، ومعناه أبيعك الخنزير وأبيعك الشاة أو أبـيعك داري وأبـيعك دار غـيري والشارع قد أمضى أحدهما ولم يمض الآخر ، لا أنّه أمضى المعاملة على خلاف ما

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) نفس المصدر ح٦ وفيه « شرط الله قبل شرطكم » .

قصده المتعاملان ، لما عرفت من أنّ عدم الامضاء وفساد المعاملة ليس من باب التخلّف، فهناك بيعان أحدهما ممضى شرعاً دون الآخر غاية الأمر أنّه ضمّ أحدهما إلى الآخر ، وهذا أيضاً ليس من موارد تخلّف العقود عن القصود كما هو في غاية الظهور .

وأمّا النقض الرابع فهو أيضاً يندفع بما أفاده هو (قدّس سرّه) في محلّه على ما سيأتي من أنّ حقيقة البيع ليست إلّا التبديل بين المالين ولا نظر في المعاملة إلى خصوص البائع أو المشتري أبداً ، فهل رأيت أن يسأل البقّال الذي تريد أن تشتري منه شيئا أنّه لمن تشتريه ، بل هو يأخذ الفلوس ويعطي الجبن فقط .

وهذا بخلاف باب النكاح فانّ النظر فيه إلى خصوص الزوج والزوجة فلو تزوّج امرأة وحكم الشارع بأنّها صارت امرأة لرجل آخر فهو من باب التخلّف لا محالة ، وعليه فالغاصب في الحقيقة إنّما بدّل المغصوب بمال آخر وقد أمضاه الشارع بعد إجازة المالك على نحو ما قصده المتعاملان ، وأمّا صيرورته ملكاً للمالك أو الغاصب فهو أمر آخر ، والغاصب وإن قصد كونه لنفسه إلّا أنّه قصد فضولي وأمر على حدة خارج عن المعاملة ، فلا يكون هناك تخلّف في البين أصلاً .

وأمّا النقض الخامس فهو على قسمين : فربما يبني في نفسه قبل العقد أن يتزوّجها بالزوجية الانقطاعية ثمّ لمّا يأتي في مقام العقد ينسى ما بنى عليه فيقصد الدوام ويعقدها من دون أن يذكر الأجل ، وفي هذه الصورة لا معنى للانقلاب ، بل هو من الأوّل عقد نكاح دائمي ، لأنّ الفرض أنّه بنى في مقام العقد على الدوام لأجل نسيان ما بنى عليه سابقاً . وبالجملة لا يكون في مقام العقد من دون ذكر الأجل بانياً في نفسه على الانقطاع، ولا إشكال في وقوعه صحيحاً وعليه يحمل الأخبار الواردة

في المقام ، ولكنّه ليس راجعاً إلى تخلّف العقود عن القصود ، بل الشارع أمضاه على نحو ما قصده المنشئ حسب الفرض ، وذلك نظير ما لو بنيت على أن تشتري جبناً من السوق فلمّا جئت إلى السوق فاشتريت منه لبناً لأجل نسيان ما قصدته سابقاً فهل يحتمل أن يكون هذا البيع باطلاً أو من باب تخلّف العقود عن القصود .

وأُخرى مع بنائه وقصده حين العقد على الانقطاع يبرزه بمبرز لا يطابق قصده، فلا يذكر الأجل في صيغة النكاح نظير سبق اللسان ، وفي هذه الصورة لا نقول بانقلابه إلى الدوام بل هو باطل ، نعم لو قلنا بصحّته وانقلابه إلى الدوام لزم أن يتخلّف العقد عن القصد ، لأنّ المفروض أنّه قصد الانقطاع ومع كونه قاصداً له لو حكم الشارع بصحّته وانقلابه إلى الدوام لزم المحذور المتقدّم ، إلّا أنّا لا نقول بالانقلاب في مثله والأخبار أيضاً لا تقتضي الانقلاب في هذه الصورة لحملها على الصورة الأُولى كما تقدّم .

فتحصّل : أنّ شيئاً من النقوض لا يرد على كلام بعض الأساطين (قدّس سرّه) كما عرفت ، والصحيح في الجواب ما قدّمناه تتميماً لكلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في الحلّ .

ومن جملة استبعادات كاشف الغطاء (قدّس سرّه)(١) أنّ لازم إفادة المعاطاة الاباحة أن يكون ارادة التصرف مملّكاً ، وصرّح في ذيل كلامه بمحذورية كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر ، وكلاهما يرجع إلى معنى واحد .

والجواب عنه : ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) من أنّه لا استبعاد في كون التصرّف مملّكاً فيما إذا كان ذلك مقتضى الجمع بين الأدلّة الثلاثة : أعني

---

(١) شرح القواعد : ٥٠.

(٢) المكاسب ٣ : ٤٨.

استصحاب عدم الملك إلى زمان التصرّف، والأدلّة القائمة على إباحة التصرّفات فيما أخذ بالمعاطاة، والأدلّة الدالّة على أنّه لا وطي إلّا في ملك أو لا عتق إلّا في ملك فمقتضى الجمع بينها الالتزام بدخول المال في ملك المتصرف بآن قبل التصرف، ولا بعد في ذلك أصلاً، بل ونظير ذلك واقع في الشريعة المقدّسة فيما إذا وهب جاريته بالهبة الجائزة أو باعها بالخيار ثمّ وقع عليها، فانّ مقتضى الجمع بين الأدلّة حينئذٍ أن يكون المتصرف مالكاً للجارية قبل الوطي بآن.

ومن ذلك يظهر اندفاع سائر استبعاداته في المقام ممّا يرجع إلى ذلك، وهذا بناءً على ما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري من أنّ الملك لم يستند إلى المعاطاة وأمّا بناءً على ما ذكرنا من أنّ حصول الملك مستند إلى المعاطاة لكن بعد طروء أحد الملزمات من جهة توهّم قيام الإجماع على عدم الملك من أوّل الأمر فاندفاع هذه الاستبعادات ظاهر، لأنّ المملّك حينئذ هو العقد المعاطاتي بشرط عروض أحد الملزمات، لا التلف أو إرادته.

ومن جملة ما استبعد به (قدّس سرّه) كون المعاطاة مفيدة للاباحة أنّ الأخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقّ المقاسمة والشفعة والمواريث والربا والوصايا تتعلّق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه، ولازمه تعلّق تلك الحقوق بما هو ليس بملك مع أنّها إنّما تتعلّق بالملك.

وفي كلام شيخنا الأنصاري(١) في مقام الجواب تشويش ظاهر، والذي ينبغي أن يقال: إنّ جملة ممّا استبعده لا يشترط فيها الملكية بوجه وتعلّقها غير مقيّد بالملك، فعدّه (قدّس سرّه) ممّا يشترط في تعلّقه أن يكون المال ملكاً غير صحيح وهذا كالنفقات فانّ نفقة العيال والأطفال لا يشترط أن تكون ممّا يملكه الزوج

(١) المكاسب ٣: ٤٨.

والوالد ، بل مجرّد إباحة التصرف لهما في مال كافٍ في صرفه في نفقاتهما ، لأنّه نحو من التصرف في المال وقد فرضنا التصرفات مباحة . وكذا أداء الديون لعدم اشتراط كونه من الملك بل لو جاز له التصرف في مال أمكنه أن يؤدّي دَينه منه ، فلذا يجوز أداؤه من أموال الامام (عليه السلام) مع أنّ ماله لا يدخل تحت الملك بل المستحقّ يجوز له التصرف فيه فقط . وكذلك الأمر في الحج فانّ وجوبه وحصول الاستطاعة لا يتوقّف على الملك فلذا إذا أباح له أحد مالاً بمقدار يكفي له ذهاباً وإياباً فيصدق عليه أنّه ممّن استطاع إليه السبيل فيجب عليه الحجّ .

وأمّا الوجه في عدم جواز إعطاء الزكاة لمن عنده مال مأخوذ بالمعاطاة فهو من جهة جواز تصرفه فيما بيده من الأموال التي حصّلها بالمعاطاة ، ولا يشترط في عدم الاستحقاق للزكاة أن يكون مالكاً لمؤونة سنته ، بل لو كانت مؤونته مباحة له أيضاً لا يجوز له الأخذ منها ، وهذا نظير أولاد التجار والأغنياء والسلاطين فانّ أولادهم مع وجود أبيهم لا يملكون شيئاً من الأموال ومع ذلك لا يجوز لهم الأخذ منها ، من جهة أنّ أباهم قد أباح لهم الصرف في مؤونة سنتهم .

وأمّا الوجه في تعلّق الأخماس والزكوات به مع أنّه غير مملوك له ، فلابدّ في توضيح الحال فيه أن نصوّره أوّلاً ونبيّن حكمه بعد ذلك، وتصويره كما إذا باع ماله بألف دينار بالمعاطاة مع أنّه يسوى بخمسمائة دينار واقعاً ، وحينئذ فنصف ذلك الألف رأس ماله ونصفه الآخر من الأرباح التي تتعلّق بها الأخماس فيما إذا زادت عن مؤونة سنته ، وهذا هو مراد كاشف الغطاء بالنقض ، وأنّه مع فرض عدم كونه مالكاً للربح المفروض فكيف يتعلّق به الخمس ، وليس مراده (قدّس سرّه) ما إذ اشترى بالمعاطاة شيئاً ثمّ باعه واشترى بثمنه شيئاً آخر وهكذا إلى آخر السنة فهناك رأى أنّ منافعه أكثر من مؤونة سنته ، وعليه فلا يرد عليه ما ذكره بعض

مشايخنا المحقّقين(١) من أنّه حينئذٍ يصير مالكاً للمنافع ببيعه وشرائه لأنّهما من التصرفات المملّكة حسب الفرض ولا مانع من أن يتعلّق بها الخمس لأنّها مملوكة له ، وقد عرفت أنّ مراده (قدّس سرّه) ماذا ولا يرد عليه ذلك الاشكال أبداً .

وبعد ذلك نقول : أجاب عنه شيخنا الأنصاري(٢) بأنّه لا مانع من الالتزام بعدم تعلّق الأخماس به لأنّه ليس ملكه ، وإن دفع ذلك بأنّ السيرة جرت على إخراج الأخماس ممّا أُخذ بالمعاطاة ويعدّون تاركه من الفسّاق وممّن لا يؤدّي حقوقه ، فنقول : إنّه رجوع إلى السيرة في معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الأملاك ، فكونه ملكاً لأجل السيرة حينئذ لا من جهة ذلك الاستبعاد ، هذا كلّه في الخمس .

وكذا الحال في الزكاة وتفصيل الكلام فيها : أنّ المأخوذ بالمعاطاة ربما لا يكون بمقدار النصاب كما إذا اشترى إبلين وبضمّهما إلى ما عنده من الابل صارا بمقدار النصاب ، كما إذا كان عنده أيضاً ثلاثة من النوق فصار مجموعها خمسة، وأُخرى يكون المأخوذ بها بمقدار النصاب كما إذا اشترى خمسة نوق ، ففي الصورة الأُولى لا نلتزم بوجوب دفع الزكاة عليه لأنّه غير مالك لما اشتراه بالمعاطاة كي يكون مالكاً للنصاب ، ولو دفع بقيام السيرة على وجوب إخراجها قلنا إنّه رجوع إلى السيرة لا إلى الاستبعاد ، ولا تتعلّق الزكاة بماله أيضاً لأنّه غير بالغ حدّ النصاب .

وأمّا في الصورة الثانية ، فإن كان البائع مكلّفاً باخراج الزكاة فلا إشكال في تعلّق الزكاة بالمال ، لكن هناك بحث في أنّ المكلّف بالاخراج هو المالك أو المعطى له ، وأمّا إذا لم يكن البائع مكلّفاً باخراج الزكاة كما إذا كان صغيراً أو مجنوناً وقد

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ١ : ١٢١.

(٢) المكاسب ٣ : ٤٨.

باعها وليّها فإن لم يقم دليل على وجوب الزكاة فيه فلا نقول به وإن قام فهو المرجع .

وأمّا حقّ الشفعة الذي استبعد ثبوته فيما إذا بـاع أحـد الشريكـين حـصّته بالمعاطاة ، لعدم تبدّل في المالك وإنّما أُبيح التصرف بالمعاطاة ، وهكذا يستبعد ثبوته للمعطى له فيما إذا باع الشريك للآخر حصّته من شخص آخر مع عدم كون المعطى له مالكاً ولا شريكاً ، فالجواب عنه أنّه إذا قام دليل من سيرة أو غيرها على ثبوت حقّ الشفعة في المعاطاة فهو المرجع تبدّل المالك أو لم يتبدّل ، وإن لم يقم دليل فـلا نقول به .

وأمّا حقّ المقاسمة المراد بها حقّ التقسيم ، فإنّ لكلّ شريك إفراز ماله عن مال صاحبه إذا كان مشاعاً وإذا امتنع يجبر على الافراز ، ففيه أنّ حقّ التـقسيم غـير متوقّف على الملك ، بل يثبت بإباحة التـصرف أيـضاً ، فـإنّ التـقسيم مـن جمـلة التصرفات .

وأمّا الربا الذي استبعد ثبوته في المعاطاة من جهة أنّ إبـاحة التـصرف في الزيادة لم يقل أحد بأنّها توجب الفساد كما إذا أباح أحد لآخر التصرف في منّ من الحنطة وأباح الآخر له التصرف في منّين منها ، فإنّه لا بأس به وإنّما المفسد تمـليك الزيادة والمفروض أنّ المعاطاة لا تفيد الملك ، فالجواب عنه أنّ الفساد في المقام ليس من ناحية إباحة التصرف في الزيادة وأنّها ربا ، بل من ناحية أنّ المـعاملة فـاقدة لشرط من شروط صحّة البيع غير اللفظ ، وهو عدم الزيادة في العوضين الربويين . فإنّ الكلام في المعاطاة الجامعة لجميع ما يعتبر في صحّة البيع إلّا اللفظ ، لا الفاسدة من سائر الجهات ككون أحد المتعاطيين صغيراً أو مجنوناً .

وأمّا الغني فهو عبارة عن القدرة على إمرار المعاش بأي نحو كان ولو باعالة الغير إيّاه .

وبما ذكرناه يظهر الجواب عن سائر ما ذكره في المقام .

ومن جملة استبعاداته بناءً على إفادة المعاطاة الاباحة أنّ نماء المبيع الحاصل قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيد ، أو معها فكذلك وكلاهما منافٍ لظاهر الأكثر ، وشمول الإذن له ـ أي النماء ـ خفي ، انتهى .

نقول : إن ثبت دليل من سيرة أو غيرها على انتقال الفرع أو مع أصله إلى ملك المعطى له بحدوث النماء فنلتزم به ، ويكون حدوث النماء كالتصرف والتلف من موجبات حصول الملك ، وإن لم يقم دليل على ذلك فإن قام على تبعية النماء للأصل في جواز التصرف التزمنا به وإلّا فلا يجوز للمعطى له التصرف في النماء .

هذا كلّه بناءً على ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري من عدم استناد الملك إلى المعاطاة أصلاً ، وأمّا بناءً على ما ذكرنا من إفادتها الملك بعد التلف أو التصرف مثلاً ، فاندفاع كثير ممّا ذكره بعض الأساطين في غاية الوضوح ، وعليه فلا مانع من الالتزام بملكية النماء وأصله من أوّل حدوثه ، إذ لابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن في الخروج عن أدلّة إمضاء البيع ، وهو صورة عدم حدوث النماء ، وأمّا صورة حدوثه فتبقى تحت العام .

وأمّا ما ذكره من أنّ المبيع بالمعاطاة إذا غصبه غاصب فحقّ المطالبة راجع إلى المالك أو المشتري وكلاهما عجيب ، فمندفعة بأنّ حقّ المطالبة حقّ لكليهما قبل التلف ، وكلّ واحد منهما يصحّ له مطالبة الغاصب بالمال ، أمّا المالك فلأنّه غصب ملكه ، وأمّا المشتري فلأنّه غصب شيئاً يحلّ له التصرفات فيه ومنها أخذه من الغاصب كما هو واضح . وأمّا بعد التلف فيضمن الغاصب للمعطى له فقط ، لدخول العين في ملكه قبل التلف آناً ما ، إذ لا فرق في ذلك بين كون التلف في يد المعطى له أو يد غيره .

فالمتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّه لولا الأدلّة المتقدّمة الدالّة على إفادة المعاطاة للملك وكونها بيعاً لم يمكن الالتزام بكونها مفيدةً للملك بمجرد تلك

الاستبعادات فلا تغفل .

هذا تمام الكلام في أنّ المعاطاة مفيدة للملك أو لا ، ويقع الكلام بعد ذلك في اللزوم وعدمه .

أصالة اللزوم في العقود

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الأصل في جميع المعاملات اللزوم حتّى يثبت الجواز بدليل آخر كدليل خيار البيع ونحوه، واستدلّ لذلك بوجوه:

الأوّل : الاستصحاب وأنّه إذا شككنا في أنّ الأثر الحاصل بالمعاملة قبل الرجوع والفسخ هل يرتفع برجوع أحدهما وفسخه أو لا يرتفع ، فالاستصحاب يقتضي بقاءه كما كان وعدم ارتفاعه بالرجوع والفسخ ، وهذا وإن كان لا يثبت اللزوم إلّا أنّه نتيجة اللزوم كما هو ظاهر . وقد تمسّك بهذا الاستصحاب جماعة من الأعلام .

والكلام في ذلك يقع في ثلاثة مقامات : الأوّل : في أنّ هذا الاستصحاب شخصي أو كلّي . والثاني : في أنّه على تقدير كونه كلّياً فهل هو من الأقسام التي يجري فيها الاستصحاب أو ممّا لا يجري فيه ذلك .

والثالث : في أنّه إذا شككنا في المقام في أنّ الاستصحاب شخصي أو كلّي فهل يجري الاستصحاب أو لا يجري ، وكلّ ذلك بعد الغضّ عن إشكال جريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية لمعارضته دائماً ، فإنّ الكلام في جريانه من هذه الجهة موكول إلى محلّه(٢).

---

(١) المكاسب ٣ : ٥١.

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٢.

أمّا المقام الأوّل : فالظاهر أنّ الاستصحاب شخصي كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وذلك لأنّ الملك أمر اعتباري واحد ، غاية الأمر أنّ الشارع لما يراه من المصالح والمفاسد تارةً يمضيه على نحو الاستمرار والدوام الذي نعبّر عنه باللزوم وأُخرى يمضيه موقتاً وما دام لم يفسخ ونعبّر عنه بالجواز ، فاللزوم والجواز حكمان شرعيان مترتّبان على ذلك الأمر الاعتباري ، والحكم لا يصنّف موضوعه ولا يقسّمه إلى أقسام ولا يغيّر حقيقته بوجه، وهو نظير الحرمة والجواز المترتّبين على شرب الخمر وأنّه حرام في حقّ السالم وجائز في حقّ المريض مثلاً مع أنّهما لا يغيّران حقيقة الخمر بوجه ولا يقسّمانها إلى قسمين واقعاً ، نعم الحكم باستمرار ذلك الأمر الاعتباري وبانقطاعه يختلف بحسب اختلاف الموارد والأسباب ، مثلاً حقيقة الهبة مع كونها واحدة ومع عدم التفات الواهب إلى شيء إذا كان موردها من الأقرباء المعبّر عنهم بالرحم يحكم عليها باللزوم ، وإذا كان غيرهم فيحكم عليها بالجواز ، كما أنّ التمليك الواحد إذا كان بلفظ المصالحة يتّصف باللزوم شرعاً وإذا كان بلفظ الهبة يتّصف بالجواز وهكذا ، وكيف كان فالملك أمر واحد لا تعدّد فيه أبداً .

ويشهد له ما أفاده شيخنا الأنصاري من أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع ، والأوّل يقتضي التفصيل بحسب قصد المالك اللزوم أو الجواز ، وهو بديهي البطلان ، إذ لا تأثير لقصد المالك في ذلك ، والثاني يستلزم تخلّف العقد عن القصد ، وهو أيضاً باطل . وهذا الكلام متين لا إشكال فيه .

وبعبارة أُخرى إنّ القسم الثاني من استصحاب الكلّي متقوّم بكون الحادث مردّداً بين حقيقتين شخصيتين أو نوعيتين أو غيرهما تكون إحداهما زائلة والأُخرى باقية ، وأمثلته كثيرة :

منها : ما إذا شككنا في بقاء الحيوان الكلّي في الدار لأجل الشكّ في أنّ ما

حدث في ضمنه هو زيد الذي نعلم بخروجه بعد ساعة أو أنّه عمرو وهو يبقى إلى آخر اليوم، فلا مانع حينئذٍ من استصحاب الجامع بينهما.

ومنها: ما إذا شككنا في ارتفاع الحدث بعد الوضوء لأجل الشكّ في أنّ الحادث هو الحدث الأصغر ليرتفع بالوضوء أو أنّه الحدث الأكبر ليبقى بعده.

ومنها: ما إذا شككنا في ارتفاع النجاسة بعد غسلها مرّة لأجل الشكّ في أنّها نجاسة دموية لترتفع بعد غسلها مرّة أو أنّها نجاسة بولية لئلّا ترتفع بالغسل مرّة.

وفي جميع ذلك إذا شككنا في بقاء الجامع بين المشكوكين لا مانع من استصحابه وترتيب آثاره، إلّا أنّك عرفت أنّ الشكّ في جميعها في كون الحادث هو الطويل أو القصير، وهما متباينان في حدّ نفسهما بل في حقيقتهما الصنفية أو النوعية بحسب اختلاف الموارد.

وأمّا إذا شككنا في أنّ النجاسة الغائطية ترتفع بعد الغسل مرّة أو لا ترتفع مع العلم بأنّ النجاسة غائطية، فلا مورد لاستصحاب الكلّي أبداً، إذ ليس الشكّ فيها في حدوث الفرد الطويل أو القصير المباين أحدهما للآخر، بل نعلم بأنّ الحادث ماذا وأنّه فرد معيّن وإنّما نشكّ في حكمه وأنّه ترتفع بالغسل مرّة أو لا ترتفع، وإنّما يجري الاستصحاب الكلّي فيما إذا شككنا في أنّ الحادث هو النجاسة الدموية المعلوم حكمها أو النجاسة البولية التي نعلم بحكمها أيضاً، وحينئذ لا مانع من استصحاب الجامع بينهما. وأمّا في مثل المثال فلا يجري إلّا الاستصحاب الشخصي، إذ الشكّ إنّما هو في بقاء الفرد المعلوم تحقّقه ولا شكّ فيه في أمرين مختلفين معلومين بحسب الحكم.

والمقام من ذلك القبيل للعلم بأنّ الحادث هو الملكية البيعية وإنّما نشكّ في حكمها وأنّه اللزوم أو الجواز، فلا تردّد فيه بين فردين متباينين ليجري استصحاب الكلّي. نعم لو كنّا شاكّين في أنّ الملكية الحادثة هل هي الملكية الناشئة عن الصلح المعلومة بحسب الحكم وهو اللزوم، أو أنّها الملكية الناشئة عن الهبة المحكومة

بالجواز، لما كان مانع من جريان استصحاب الكلّي حينئذ، وهذا بخلاف المقام وتردّد الحادث بين البقاء والارتفاع لا يدرجه في الاستصحاب الكلّي لوجوده في جميع موارد الاستصحاب، لأنّ التردّد والشكّ في بقائه مقوّم لجريان الاستصحاب ولولاه لما كان له مجال، ولكنّه غير استصحاب الكلّي كما لا يخفى، وإلّا فيرجع جميع الاستصحابات إلى الكلّي وهو كما ترى، هذا تمام الكلام في المقام الأوّل.

وأمّا المقام الثاني: وأنّ الاستصحاب على تقدير كونه كلّياً من أيّ أقسام الاستصحابات الكلّية، وأنّ الاستصحاب يجري فيه أو لا يجري، فلا ينبغي الاشكال في أنّ الاستصحاب مع فرض كونه كلّياً من القسم الثاني، لأنّ الشكّ فيه في حدوث الفرد الطويل أو القصير وهو الملكية اللازمة الباقية بعد الفسخ أو الملكية الجائزة التي ترتفع بعده، والاستصحاب يجري في القسم الثاني من أقسام الاستصحابات الكلّية كما ذكرناه في محلّه.

وأورد عليه صاحب الكفاية في تعليقته على المتن(١) بأنّ الاستصحاب في القسم الثاني وإن كان جارياً إلّا أنّ جريانه في خصوص المقام خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) لأنّه لا يرى اعتبار الاستصحاب في الشكّ في المقتضي، والشكّ في المقام في اقتضاء المقتضي وأنّه يقتضي الملكية الباقية بعد الفسخ أو الملكية التي لا تبقى بعده هذا.

ولكنّه مندفع بما ذكرناه في محلّه(٢) من أنّ معنى الشكّ في المقتضي على ما هو ظاهر بعض كلمات الشيخ (قدّس سرّه) ـ وإن كان أكثرها غير مبيّن للمراد ـ أن يكون الشيء مع قطع النظر عن حدوث أيّ حادث في العالم ممّا ينقضي بنفسه ويزول كما أنّ

---

(١) حاشية المكاسب (الآخوند): ١٣.

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٢٧.

مقابله ما لا يزول ولا ينقضي في حدّ نفسه إلّا بحدوث حادث وطروّ مانع ، فمن الأوّل الاجارة والزوجية الانقطاعية ونحوهما لزوالها في نفسها مع قطع النظر عن حدوث شيء في العالم لتصرّم الزمان المأخوذ فيها ، وهذا بخلاف الزوجية الدائمية أو الملكية الحاصلة بالبيع ونحوه لأنّهما يبقيان ما دام لم يمنع عنهما مانع ، وعليه فالشكّ في المقام شكّ في الرافع وليس من قبيل الشكّ في المقتضي ، لبقاء الملكية الحاصلة بالبيع في حدّ نفسها لولا ما يرفعها كما لا يخفى، هذا كلّه .

نعم ، يبقى إشكالان في جريان القسم الثاني من استصحاب الكلّي :

أحدهما : أنّه يعتبر في جريان الاستصحاب اتّحاد القضيّتين المتيقّنة والمشكوكة ، وأن يتعلّق الشكّ بعين ما يتعلّق به اليقين ، وهذا المعنى في الاستصحابات الشخصية متحقّق كما إذا شككنا في بقاء زيد وعدمه فانّ الشكّ فيه في حياة زيد التي كان تعلّق بها اليقين ولكنّه مفقود في القسم الثاني من الاستصحابات الكلّية ، لأنّ الشك في البقاء تعلّق بالفرد الطويل واليقين بالحدوث تعلّق بالفرد المردّد بين الطويل والقصير ، فمشكوك البقاء غير متيقّن الحدوث .

والجواب أنّ اليقين إنّما تعلّق بالجامع بين الفردين وهذا الجامع بعينه مشكوك البقاء ، فاتّحدت القضيتان . فمثلاً قبل غسل الثوب مرّة كنّا عالمين بنجاسته وإن لم ندر باصابة البول أو الدم عليه ، إلّا أنّ نجاسته الجامعة بينهما معلومة وممّا لا إشكال فيه وبعد ما غسلناه مرّة واحدة نشك في بقاء تلك النجاسة المتيقّنة فنستصحبها لا محالة فالقضية المتيقّنة متّحدة مع القضية المشكوكة ولا مانع عن جريانه من هذه الجهة .

وثانيهما : أنّ القضيتين وإن كانتا متحدتين إلّا أنّ هناك أصل حاكم على استصحاب الكلّي ، وذلك لأنّ الشكّ في بقاء الكلّي وعدمه بعد غسل الثوب مرّة مسبّب عن الشكّ في حدوث الفرد الطويل ، إذ لو كنّا قطعنا بعدم حدوثه لما كنّا نشكّ في ارتفاع الكلّي للقطع بزوال الفرد القصير ، فالشكّ في بقائه ناشٍ عن الشكّ في

حدوث الطويل والأصل عدم حدوث الفرد الطويل ، وبجريان الأصل في الشكّ السببي يرتفع الشكّ المسبّبي بالحكومة .

وأُجيب عن ذلك بأجوبة متعدّدة ونذكر واحداً منها في المقام : وهو أنّ الشكّ في بقاء الكلّي وعدمه مسبّب عن الشكّ في أنّ الحادث هو الفرد الطويل أو الفرد القصير ، وليس الشكّ فيه مسبّباً عن الشكّ في حدوث الفرد الطويل ليرتفع بالاستصحاب ، بل الشكّ فيه ناشٍ عن الشكّ في أنّ الحادث أيّهما وجريان استصحاب العدم الأزلي في أحدهما معارض بجريانه في الآخر ، فلا أصل حاكم في البين. وإنّما تعرّضنا لهذين الاشكالين في المقام توضيحاً لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) كما ستقف عليه إن شاء الله . وممّا ذكرناه في المقام يتّضح الحال في :

المقام الثالث : وأنّه إذا شككنا في أنّ الاستصحاب في المقام شخصي أو كلّي ، بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب في الكلّيات فهل يجري الأصل في المقام أو لا يجري ، وذلك لأنّ الوجه في المنع عن جريان الاستصحابات الكلّية إن كان هو الاشكال الثاني من الاشكالين المتقدّمين الذي محصّله إبداء المانع والمزاحم لجريان الاستصحاب في الكلّي وهو الاستصحاب الحاكم على استصحابه مع تسليم تمامية موضوعه ومقتضيه ، فالاستصحاب جارٍ في المقام مع الشكّ في أنّه شخصي أو كلّي ، لعدم إحراز المانع والحاكم على ذلك الاستصحاب ، لأنّه إنّما ينشأ فيما إذا كان الاستصحاب كلّياً دون ما إذا كان شخصياً وبما أنّا نشكّ في أنّه كلّي أو شخصي فنشكّ في وجود المزاحم وعدمه ، فلا يبقى مانع عن إجراء الأصل في المقام ، لوضوح أنّ الحاكم إنّما يتحقّق بعد ما وصل إلى المكلّف ، وقبله لا يمكن أن يكون مانعاً بوجوده الواقعي عن جريان الأصل المحكوم في الحكومة الظاهرية حتّى يقال إنّا نحتمل وجود المانع واقعاً فلا يجري الاستصحاب .

وأمّا إذا كان الوجه في المنع عن جريان الاستصحاب هو الاشكال الأوّل

الذي يرجع محصّله إلى عدم تحقّق موضوع للاستصحاب وعدم اتّحاد القضيتين ، فلا يمكن جريان الاستصحاب مع الشكّ في أنّه شخصي أو كلّي لعدم إحراز موضوع الاستصحاب حينئذٍ ، لأنّ موضوعه إنّما يتحقّق في فرض كون الاستصحاب شخصياً ، وحيث لم يحرز أنّه شخصي أو كلّي حسب الفرض فلا يحرز موضوع الاستصحاب ، فيكون التمسّك بحديث « لا تنقض اليقين بالشكّ » من التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية .

والظاهر أنّ نظر شيخنا الأنصاري في قوله أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّه كلّي أو شخصي[1] إنّما هو الإشكال الثاني دون الأوّل ، هذا .

وقد وجّهه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] بتوجيه آخر: وهو أنّ المنع عن جريان استصحاب الكلّي ليس من جهة ورود مخصّص لفظي لعموم لا تنقض اليقين بالشك ، وإنّما هو من جهة المخصّص العقلي واللبّي نظير وجود أصل حاكم على استصحابه أو عدم اتّحاد القضية المتيقّنة والمشكوكة ، وفي المقام نشكّ في أنّه استصحاب كلّي أو شخصي ولازمه الشكّ في أنّ المورد من أفراد المخصّص اللبّي كما إذا كان الاستصحاب كلّياً بناءً على خروجه عن عموم لا تنقض لبّاً ، أو من أفراد العام كما إذا كان الاستصحاب شخصياً ومورداً لعموم لا تنقض ، فاجراء الاستصحاب تمسّكاً بالعام وإن كان تمسّكاً بالعام في الشبهة المصداقية ، إلّا أنّا بيّنا في محلّه[3] أن المخصّص إذا كان لبّياً لا مانع من الرجوع فيه إلى عموم العام ولا محذور في التمسّك بعمومه في الشبهات المصداقية عند ما كان المخصّص لبّياً ، ولأجل ذلك بنى

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٢.

(٢) منية الطالب ١ : ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٣) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦) : ٣٥٨ .

شيخنا الأنصاري على صحّة جريان الاستصحاب في المقام مع الشكّ في أنّه شخصي أو كلّي الملازم للشكّ في أنّ المقام من أفراد المخصّص أو العامّ، هذا.

ولا يخفى عليك أنّه مضافاً إلى ما ذكرناه في محلّه[1] من أنّ جميع المخصّصات اللبّية ليس كما أفاده ممّا يجوز التمسّك فيها بالعموم وإنّما يختصّ ببعضها كما ذكرناه هناك، يرد عليه أنّه على تقدير تسليم جواز التمسّك بالعمومات في الشبهات المصداقية فيما إذا كان المخصص لبّياً مطلقاً، لا يمكن الإذعان بما أفاده في المقام، وذلك لأنّ التمسّك بالعمومات في الشبهات المصداقية في المخصصات اللبّية إنّما هو مع إحراز موضوع العام على نحو القطع والشكّ في إنطباق عنوان المخصّص عليه نظير التمسّك بعموم «لعن الله بني أُميّة قاطبة»[2] عند الشك في إيمان واحد منهم، فانّ كونه من بني أُميّة محرز بالوجدان وإن شك في إيمانه وعدمه، ومعه يصحّ التمسّك بالعموم لأنّ المخصّص لبّي، وأمّا مع الشك في تحقّق الموضوع للعام كما إذا شككنا في أنّ رجلاً من بني أُميّة أو من غيرهم فلا معنى لأن يتمسّك فيه بعموم «لعن الله بني أُميّة قاطبة» وإثبات جواز لعنه، وهو واضح.

والأمر في المقام كذلك، فانّ الوجه في المنع عن جريان الاستصحابات الكلّية إذا كان عبارة عن الوجه الأوّل أعني عدم اتّحاد القضية المتيقّنة والمشكوكة، فلا يمكن التمسّك بعموم «لا تنقض اليقين» في المقام من جهة عدم إحراز موضوعه عند الشكّ في أنّه كلّي أو شخصي، لأنّ المفروض أنّه إذا كان كلّياً لا موضوع له لعدم اتّحاد القضيتين، وعلى تقدير كونه شخصياً فموضوعه معلوم ومحرز، وبما أنّا نشك في أنّه كلّي أو شخصي فنشك في أنّ موضوعه موجود أو غير متحقّق، ومع الشكّ في وجود

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦): ٣٥٨.

(٢) كامل الزيارات: ١٧٦، وراجع البحار ٩٨: ٢٩٢.

الموضوع للعام كيف يتمسّك بعمومه ولو كان المخصّص لبّـياً ، وهـو نـظير التمسك بالعموم مع الشكّ في أنّه من بني اُميّة أو من غيرهم .

فتحصّل : أنّ ما أفاده في المقام لا يمكن توجيه كلام شيخنا الأنصاري به وإنّما الصحيح ما ذكرناه في وجهه ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أفاد بعد ذلك أنّ الأصل في كلّ عقد وقع في الخارج وشككنا في أنّه من القسم اللازم أو الجائز أن يكون لازماً ، وعليه إذا اختلف المتعاقدان في مورد وادّعى أحدهما أنّه عقد لازم وقال الآخر بل هو عقد جائز ، فيكون القول قول مدّعي اللزوم لأنّه منكر لتطابق قوله للأصل أعني أصالة اللزوم ، ولكن مدّعي الجواز هو المدّعي لمخالفة قوله للأصل ، ولأنّه لو ترك تُرك كما هو أحد تعريفات المدّعي . ثمّ أفاد أنّه إذا كان مصبّ النزاع غير عـنواني اللـزوم والجواز بل ملزومهما ، كما إذا ادّعى أحدهما أنّ المعاملة الواقعة على المال صلح فهو ملك لازم ، والآخر قال إنّها هبة فالملك جائز، احتمل التداعي والتـحالف بـينهما لادّعاء كل واحد منهما أمراً مخالفاً للأصل ، لأنّ الأصل عدم كونها صلحاً كـما أنّ الأصل عدم كونها هبة ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ هذا الكلام وإن كان خارجاً عـن المـقام إلّا أنّـه نـقول ملخّصاً : لا وجه للتداعي في الصورة المذكورة أبداً ، وذلك لأنّ المـناط في تـعيين المدّعي والمنكر إنّما هي الأغراض التي هي مورد النزاع ، لا مطلق مصبّ الدعوى وإن لم يكون مورداً للنزاع ، وهو كما أفاده شيخنا الاُستاذ[٢] نظير ما إذا ضمّ إلى دعوى ملكية الدار دعواه كون برّ إفريقيا كذا مقداراً من المتر والسعة ، فانّه لا يكاد

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٣ .

(٢) منية الطالب ١ : ١٥٢ .

يفيد من جهة أنّه لا أثر له أبداً. وفي المقام أيضاً مع قطع النظر عن اللزوم والجواز لا أثر لخصوص الصلح والهبة، وإذا كان المناط والمدار على الآثار والأغراض فلابدّ من لحاظ تلك الآثار، وعليه فأحدهما يدّعي اللزوم وهو منكر والآخر يدّعي الجواز وهو مدّع، وقد عرفت أنّ قول مدّعي اللزوم مقدّم، هذا.

ثمّ لو سلّم أنّ المناط مصبّ الدعوى فالأصل مع مدّعي اللزوم أيضاً، وذلك لأنّ الأصلين غير متعارضين في المقام أعني أصالة عدم كونها صلحاً وأصالة عدم كونها هبة، لعدم جريان الأُولى منهما، إذ لا أثر يترتّب عليها، فانّ جواز الرجوع في الملك من آثار كون العقد هبة وليس من آثار عدم كونه صلحاً، نعم أصالة عدم كونه صلحاً يقتضي عدم كون الملك من الابتداء لازماً.

وبعبارة أُخرى: أنّها تقتضي عدم تحقّق الملك اللازم من الابتداء وهو خارج عن محلّ بحثنا، فانّ المفروض أنّ الملكية متحقّقة قبل رجوعه قطعاً والشك في جواز رجوعه في الملك المتحقّق، وقد عرفت أنّ جواز الرجوع في الملك المتحقّق من آثار كون العقد هبة وليس من آثار عدم كونه صلحاً إلّا على نحو الأصل المثبت وترتيب كونه هبة على أصالة عدم كونه صلحاً، وعليه فلا مجرى لأصالة عدم كون العقد صلحاً، فيكون استصحاب عدم كونه هبة جارياً بلا معارض ويترتّب عليه اللزوم وعدم جواز الرجوع في الملك، فيكون مدّعي اللزوم منكراً لمطابقة دعواه للأصل بخلاف مدّعي الجواز فانّه هو المدّعي إذ لا أصل موافق له، فيكون قول مدّعي اللزوم متقدّماً.

فتحصّل: أنّ مدّعي اللزوم يقدّم قوله بلحاظ مصبّ الدعوى أيضاً. مضافاً إلى ما عرفته من أنّ المنازعات إنّما هي بلحاظ الآثار لا بحسب الألفاظ المؤدّية لها ولا خصوصية للفظ قطعاً.

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه)(١) قد تعرّض إلى استصحاب علقة المالك الأوّل الثابتة قبل وقوع المعاملة لاثبات صحّة رجوعه وكون العقد جائزاً، ولكنّه (قدّس الله نفسه) لم يجب عنه(٢) لوضوح ضعفه وظهور وهنه، حيث إنّ المراد بالعلقة في كلامه إن كان هو العلقة الملكية الثابتة على المال قبل وقوع المعاملة، ففيه أنّها مرتفعة قطعاً للعلم بارتفاعها بالمعاطاة والبيع، وإن اُريد بها جواز الرجوع فهي ليست متيقّنة كي تستصحب، اللهمّ إلّا أن يستصحب كلّي العلقة وهو من القسم الثالث من استصحاب الكلّي الذي لا قائل بجريانه فيما نعلم.

فتحصّل من جميع ما تلوناه عليك: أنّ الأصل في جميع المعاملات والعقود اللزوم بمقتضى الاستصحاب المتقدّم، ولا مانع من جريانه في المقام بوجه إلّا ما أشرنا إليه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية لأجل المعارضة، ومع قطع النظر عنه لا مانع من جريانه أبداً.

الثاني ممّا استدلّ به على اللزوم في المقام: قوله (صلّى الله عليه وآله) «الناس مسلّطون على أموالهم»(٣) بتقريب أنّ نفوذ الفسخ وجوازه منافٍ للسلطنة المطلقة على المال، فانّ من آثارها أن لا يزول سلطنته بفسخ البائع أو المشتري هذا.

ثمّ ذكر الشيخ(٤) توهّماً في المقام وهو أنّ كونه مالاً له بعد الفسخ غير معلوم والرواية دلّت على إثبات السلطنة لكلّ إنسان على ماله لا على مال غيره.

---

(١) المكاسب ٣: ٥١.

(٢) بل أجاب عنه في بحث الخيارات من المكاسب ٥: ٢٢ في بحث أدلّة لزوم المعاملات.

(٣) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨ ح٤٩، بحار الأنوار ٢: ٢٧٢.

(٤) المكاسب ٣: ٥٣.

وأجاب عنه : بأنّ الاستدلال إنّما هو بالنسبة إلى قبل الفسخ والرجوع ، وأنّ نفوذ الفسخ وإرجاع مال الغير بدون رضاه منافٍ لسلطنته المطلقة .

وهذا الدفع وإن كان متيناً إلّا أنّه مع ذلك لا يمكن الاستدلال بالحديث لضعف سنده أوّلاً وعدم دلالته ثانياً ، وذلك لما تقدّم من أنّه ناظر إلى جهة سلطنة المالك وأنّها تامّة ، فتجوز له التصرفات التي ثبتت مشروعيتها من دون توقّف على إذن الغير أو إجازته ، فإذا احتمل اشتراط صحّة بيع الزوجة بإذن زوجها فنتمسّك بالحديث في رفعه، وأمّا إعدام السلطنة أو إبقاؤها فلا يمكن استفادتها منه أبداً ولذا أشكلوا على من تمسّك بالحديث لنفوذ الاعراض وزوال السلطنة به ، بل لو لم يثبت صحّة البيع بأدلّتها لم نكن نحكم بصحّته بهذه الرواية ، لأنّه إعدام للسلطنة وإزالة لها ، وقد ذكرنا أنّ الحديث ناظر إلى استقلال المالك فيما له السلطنة ، وأمّا جواز إزالتها وعدمه فلا ، فالحديث أجنبي عن المدّعى .

الثالث : قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه »(١) فلا يجوز تملّك المال المأخوذ بالمعاطاة بالفسخ لأنّه بغير إذنه وهو حرام ، والتوهّم المتقدّم جارٍ في المقام ومندفع بما أشرنا إليه ، هذا .

ولكن الاستدلال به غير تامّ أيضاً ، لما ذكرناه(٢) من أنّ الحلّ لغة بمعنى الإرسال في قبال الحرمة التي هي بمعنى المنع ، فإذا اُسندا إلى الاُمور الاعتبارية كالبيع استفيد منها الحكم الوضعي وإذا اُسندا إلى الأفعال الخارجية أو الأعيان كالشرب والماء استفيد منها الحكم التكليفي ، وبما أنّ الحلّية في الحديث اُسندت إلى المال فلا محال تدلّ على الحكم التكليفي ، فمعنى الحديث أنّه لا يجوز تكليفاً التصرف

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب١٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٢) في الصفحة ٧٧ .

في مال الغير بما يناسبه من أكل أو شرب أو لبس وهكذا . فالحديث لا يدلّ على الحكم الوضعي ، إذ استفادة الحكم الوضعي على ذلك يحتاج إلى مؤونة زائدة على الاضمار أو المجاز في الحذف الذي لابدّ من أحدهما . بل الحديث لا يشمل الانشائيات أصلاً حتّى بالنسبة إلى الحكم التكليفي ، لأنّ نفس الانشاء واللفظ غير محرّم قطعاً ، لأنّه ليس تصرّفاً في مال الغير ، والامضاء ليس فعلاً للمكلّف حتّى يحرم عليه .

الرابع : قوله تعالى **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**(١) ولا بأس بالتمسّك بها في المقام ، بتقريب أنّ المراد بالأكل على ما تقدّم هو التملّك ، فمعنى الآية لا تتملّكوا أموال الناس إلّا بالتجارة عن تراضٍ ، ومن الظاهر أنّ التملّك بالرجوع ليس منها . ولا يفرق في صحّة الاستدلال بالآية بين أن يكون الاستثناء متّصلاً كما هو الظاهر بأن يكون الباطل علّة فيكون معنى الآية لا تتملّكوا أموال الناس بسبب من الأسباب فإنّه باطل إلّا أن يكون تجارة عن تراضٍ ، وبين أن يكون منقطعاً بأن يكون « بالباطل » قيداً . وفي بعض النسخ : « أنّ التوهّم المتقدّم جارٍ هنا » والظاهر سقوط كلمة « غير » والصحيح « غير جارٍ هنا » لأنّ الموضوع للجواز في هذه الآية هو تملّك مال الغير لا نفس مال الغير حتّى يقال إنّه غير محرز بعد الرجوع . هذا في الاستدلال بذيل الآية أعني المستثنى .

واستدلّ الشيخ (قدّس سرّه) بصدر الآية أيضاً ، بدعوى أنّ معناه النهي عن تملّك أموال الناس بالأسباب الباطلة عرفاً ، ومن الواضح أنّ التملّك بالرجوع في المعاطاة تملّك بالباطل عرفاً .

وفيه : أنّ الاستدلال مبني على أن يكون المراد بالباطل هو الباطل العرفي كي

---

(١) سورة النساء ٤ : ٢٩.

يصحّ دعوى إحراز أنّ التملّك بالرجوع باطل عرفي ، ولكنّه فاسد ، فإنّ الباطل كسائر الألفاظ ظاهر في الباطل الواقعي ، فإذا شكّ في مورد أنّه من الباطل أو الحقّ كما في المقام أعني الرجوع بعد المعاطاة ، لا يجوز التمسّك بالآية ، لأنّه تمسّك في الشبهة المصداقية .

الخامس : قوله تعالى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] وهذه الآية المباركة ظاهرة بدلالتها المطابقية في أنّ العقود لازمة ، لما ذكرناه غير مرة من أن معنى الوفاء الانهاء وإيصال الشيء إلى آخره ، فأوفوا بالعقود معناه أوصلوها إلى آخرها فلا تفسخوها ولا ترجعوا فيها فيكون إرشاداً إلى لزومها وعدم انفساخها بالرجوع ، إذ لا تحتمل الحرمة التكليفية للفسخ والرجوع . وتوهم أنّ المعاطاة ليست بعقد ، مندفع بأنّ العقد عبارة عن تعاقد الالتزامين وربط أحدهما بالآخر وعقده به ، ولا يشترط فيه اللفظ بوجه، فالمعاطاة عقد غير لفظي ومقتضى الآية لزومها .

السادس : ما ورد في عدّة روايات من أنّ « المؤمنون عند شروطهم إلّا ما خالف كتاب الله وسنّة نبيّه »[2]، فإنّ الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل المعاملات الفعلية .

وفيه : أنّ الشرط لغة ليس بمعنى مطلق الالتزام بل خصوص الالتزام المربوط بشيء آخر من عقد ونحوه ، ولذا ترى استهجان إطلاقه على العقود كالبيع والهبة وعليه فلا يشمل المعاطاة كما لا يشمل الشروط الابتدائية ، فيكون خروجها من الحديث بالتخصّص لا بالتخصيص ، هذه هي الأدلة العامة الدالة على لزوم جميع المعاملات بيعاً كان أو غيره ، وقد عرفت أنّ الصحيح منها أمران : أحدهما جملة

---

(١) سورة المائدة ٥ : ١.

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

المستثنى منه في قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾ الخ[١]. وثانيهما : الآية المتقدمة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢].

السابع من الأدلة : هو ما يختص بالبيع أعني قوله « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع »[٣] ولا ينبغي الاشكال في أنّ المعاطاة بيع ، لأنه ليس إلّا الاعتبار المبرز بمبرز ما فعلاً كان أو لفظاً ، وعليه فاذا افترق المتعاطيان يجب البيع لا محالة . وأمّا ما عن صاحب الغنية[٤] من الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً فقد عرفت سابقاً أنه محمول على نفي الملك أو على نفي لزومها ، إذ لا معنى للاجماع التعبّدي في المفاهيم اللغوية كمعنى البيع ونحوه ، والاجماع التعبّدي إنما يعقل في الأُمور التعبّدية كما لا يخفى .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الأقوى من هذه الأقوال الستّة هو أنّ المعاطاة تفيد الملك اللازم كالمعاملات اللفظية .

بقي هناك الاجماع والشهرة القائمان على عدم اللزوم في المعاطاة .

فأمّا الشهرة على عدم اللزوم فهي غير قابلة للانكار ، لاشتهار عدم اللزوم في المعاطاة في ألسنة الأصحاب حتى مثل المحقّق الثاني[٥] القائل بالملك المتزلزل إلّا أنه لا اعتبار للشهرة الفتوائية عندنا ، ولو كانت معتبرة للزم الالتزام بعدم إفادة المعاطاة الملك من رأس ، لانعقاد الشهرة بينهم فيما قبل زمان المحقّق الثاني. على أنّها تفيد الاباحة دون الملك ، مع أنّ المفروض أنها مفيدة للملك لا محالة والكلام في أنّه

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ .

(٤) الغنية : ٢١٤ .

(٥) جامع المقاصد ٤ : ٥٨ .

لازم أو غير لازم .

وأمّا الاجماع فالمحصّل منه على طريقة المتأخرين بحيث يوجب القطع برأي الإمام (عليه السلام) غير حاصل لنا ، وأمّا على طريقة اللطف فهو على تقدير تحقّقه لا يمكن استكشاف رأي المعصوم به ، لبطلان أساسه . وأمّا على طريقة الدخوليين فلا نعلم بدخول الامام في جملة المفتين بأنّها تفيد الملك الجائز كما هو ظاهر ، وعليه فلا يبقى إشكال في أنّها تفيد الملك اللازم ولو كان على خلاف الشهرة بين الأصحاب .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ البيع اللفظي كان متعارفاً في زمانهم (عليهم السلام) وأنّ السيرة جرت على جواز ردّ المال المأخوذ بالمعاطاة وأنّهم ينكرون على البائع إذا لم يقبل ما باعه بالمعاطاة ، فمندفع بأنّ المراد ليس تخصيص البيع في زمانهم بخصوص البيع المعاطاتي بل نسلّم أنّ كلاً من اللفظي والمعاطاتي كان جارياً في زمانهم ، وتعارف اللفظي منهما لا يضرّنا بعد وجود المعاطاتي منهما في زمانهم (عليهم السلام) أيضاً .

وأما مسألة السيرة التي ادّعاها (قدّس سرّه) على جواز المعاطاة فان أراد بها السيرة العقلائية فهي ممّا لا أساس لها ، لأنّهم كما أشرنا إليه سابقاً كانوا يعاملون بالمعاطاة دائماً في الأُمور اليسيرة والخطيرة ولا يرونها جائزة أبداً . وإن أراد بها السيرة المتشرّعية فلا يمكن الاعتماد عليها ، لأنّها ليست متّصلة بزمان المعصوم (عليه السلام) ، بل هي ناشئة من فتاوى مراجع التقليد ، ولا يكشف ذلك عن رأي المعصوم (عليه السلام) . فالمتحصّل أنّ المعاطاة تفيد الملك اللازم كالبيع اللفظي ويساعدنا على ذلك ما نقله (قدّس سرّه) عن الشهيد (قدّس سرّه) من استحسانه ذلك لو لم يقم على خلافه اجماع ، هذا .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٩ .

ثم إنّه ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بعد بيان الاجماع المدعى على عدم إفادة المعاطاة اللزوم: أنّه يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار، بل يظهر منها أنّ إيجاب البيع باللفظ دون مجرّد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق والتجّار.

وقد ذكر السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[٢]: أنّ المراد بالمشار إليه بذلك اعتبار اللفظ في اللزوم، والمراد بالأخبار لعلّه الخبر الوارد في شراء المصحف[٣] والخبر الوارد في شراء أطنان من القصب[٤]، ويحتمل إرادة الأخبار التي سينقلها والتي ورد في بعضها « إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام » . وفيه : أنّه لا ظهور لهذه الأخبار في اعتبار اللفظ في اللزوم، ولا وجه حينئذ للترقّي بقوله « بل يظهر منها أنّ إيجاب البيع باللفظ كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار » ، فإنّ تعارف البيع اللفظي بين التجّار لا يسوى بشيء بعد ظهور الأخبار في اعتبار اللفظ في اللزوم ليترقّى منه إليه ، ولا وجه أيضاً لتمسّكه لذلك ـ أي اعتبار اللفظ في اللزوم ـ بالشهرة والإجماع مع ما فيهما من المناقشة بعد ظهور الأخبار في ذلك . إذن من المحتمل قريباً أن يكون المشار إليه كون اللفظ قرينة على قصد التمليك بالتقابض الذي ذكره قبل هذه العبارة .

---

(١) نفس المصدر السابق .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٧٤ .

(٣) عن سماعة ، عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : « سألته عن بيع المصاحف وشرائها ، قال (عليه السلام) : لا تشتر كتاب الله عزّوجلّ ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفّتين وقل : اشتريت منك هذا بكذا وكذا » الوسائل ١٧ : ١٥٨ / أبواب ما يكتسب به ب٣١ .

(٤) عن العجلي ، عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة ، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن ، فقال البائع : قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن ، فقال المشتري قد قبلت واشتريت ورضيت ... » الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٩ ح١ .

بحث في قوله (عليه السلام) « إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام »

بقي الكلام في قوله (عليه السلام) : « إنّما يحلّل الكلام ويحـرّم الكـلام » الذي استدلّ به تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرّف وأُخرى على عدم إفادتها اللزوم جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحّة مطلق البيع كما صنعه في الرياض[١].

فنقول : وردت هذه الفقرة في رواية واحدة وهي رواية ابن نجيح على ما في الكافي أو ابن الحجّاج على ما في الوافي ، قال : « قلت لأبي عبدالله (عليه السـلام) : الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأُربحك كذا وكذا ، فقال : أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك ؟ قلت : بلى ، قال : لا بأس ، إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام »[٢]. وقد نقلها صاحب الوسائل أيضاً بهذا المتن[٣]، فما ذكره شيخنا المحقّق (قدّس سرّه)[٤] من أنّ النسخة الموجودة عنده كانت هكذا « إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام » لابدّ من حمله على غلط النسخة . وقد ورد « إنّما يحرّم الكلام » فقط في ثلاث روايات في باب المزارعة :

منها رواية أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله (عليه السلام) « أنّه سئل عـن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للـبقر ، فـقال : لا ينبغي له أن يسمّي بذراً ولا بقراً ، ولكن يقول لصاحب الأرض : أزرع أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ولا يسمّي بذراً ولا بقراً ، فإنّما يحرّم الكلام »[٥] وهي متعرّضة للنهي عن النطق ـ أعني تسمية البقر والبذر ـ بخـلاف

---

(١) رياض المسائل ٨ : ٢١٤ .

(٢) الكافي ٥ : ٢٠١ ح٦ ، الوافي ١٨ : ٧٠٠ / أبواب أحكام التجارة ب١٠٩ ح٧ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٤ ، لكن فيه « إنّما يحلّ الكلام » .

(٤) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ١٥٠ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٤٣ / كتاب المزارعة والمساقاة ب٨ ح١٠ .

الرواية السابقة ، والسؤال فيها لو لم يكن مشتملاً على قوله « وأُربحك كذا وكذا » لأمكن حمله على التوكيل في الشراء بجعالة ، إلّا أنّ أُربحك ظاهر في الشراء ، ولذا فصّل الإمام (عليه السلام) في الجواب بأنّ قوله « اشتر لي » إن كان مجرّد مقاولة بحيث كان مخيّراً بين الأخذ والترك بعد ذلك فلا بأس به ، لأنّ البيع يكون بعد شرائه ، وإن كان شراء لم يصحّ ، لأنّه من بيع ما لم يملك .

وكيف كان فالاستدلال بهذه الفقرة يتوقّف على إرادة الاحتمال الأول من المحتملات الأربعة في كلام الشيخ[١] وهو أن يقال إنّ المراد بالكلام في الرواية هو اللفظ الدالّ على التحليل أو التحريم ، والمعنى أنّ المحلّل منحصر في اللفظ كما أنّ المحرّم منحصر فيه ، وعليه فلا يكون المعاطاة محلّلاً للتصرّفات لأنّها خالية عن اللفظ .

ولكن الالتزام بذلك مشكل لاستلزامه تخصيص الأكثر المستهجن وهو باطل ، لعدم انحصار المحلّل والمحرّم في الشريعة المقدسة باللفظ ، فانّ الماء قبل ملاقاته لشيء من النجاسات حلال وبالملاقاة ينقلب إلى الحرام ، والملاقاة ليست بلفظ والأكل حلال في ليالي شهر رمضان ويحرم بطلوع الفجر مع أنّ الطلوع ليس بلفظ ونظائر ذلك في الفقه كثيرة . هذا ولو تنزّلنا وقلنا بأنّ المراد من كون اللفظ محلّلاً ومحرّماً إنّما هو في خصوص أموال الغير لا في جميع الموارد فلا يمكن الاذعان به أيضاً ، للاجماع بأنّ الرضا الباطني كافٍ في جواز التصرف في مال الغير، فإذا كتب على قرطاس أنّي راضٍ بالتصرف في مالي فيحلّ التصرف فيه قطعاً مع أنه لا لفظ في البين يستند التحليل اليه ، وكذا يحلّ التصرفات في الأمة بالارث مع أنّه لا لفظ في البين . ولو تنزّلنا ثانياً وقلنا بأنّ المراد بكون اللفظ محلّلاً ومحرّماً هو كونه كذلك في

---

(١) المكاسب ٣ : ٦٢ .

المعاملات والعقود لا في جميع الموارد ، فيدفعه أيضاً أنّ المحلّل فيها لا يختص باللفظ أيضاً ، لأنّ المعاطاة عندهم تفيد إباحة التصرفات بلا إشكال ، مع أنّها ليست بلفظ . مضافاً إلى أنّ هذا المعنى لا ينطبق على مورد الرواية ، فإنّ الفساد فيه وعدمه لم يكن من ناحية اللفظ وعدمه . فتحصّل أنّه لا يمكن الالتزام بهذا الاحتمال بوجه ، هذا مضافاً إلى أنّ الالتزام بهذا الاحتمال من بين المحتملات بلا موجب ، وعليه فتخرج الرواية عن صلاحية الاستدلال .

فلابدّ من أن نفسّرها بمعنى آخر ، فإن وجدنا معنىً جامعاً بين باب البيع والمزارعة فنفسّرها بذلك المعنى الواحد وإلّا فلابدّ من أن نفسّرها بمعنيين متعدّدين في البيع والمزارعة ، فقد حكي عن صاحب الكفاية (قدّس سرّه) في الحاشية[1] أنّ المراد بالكلام هو المداليل الكلامية أعني الالتزامات النفسية التي هي مداليل الكلام اللفظي ولا مانع من إطلاق الكلام على الالتزام النفسي كما نشاهده فيما إذا كتب أحد إلى آخر أنّي سآتيك غداً ، فإنّه إذا سئل عن وجه قدومه إليه فيجيب بأنّي أعطيت الكلام ويقال في الفارسية (قول دادم) مع أنّه لم يتلفّظ بكلام وإنّما كتبه إليه والكتابة ليست بكلام ، فلذا إذا كتب في أثناء صلاته شيئاً لا يبطل صلاته بدعوى أنّه تكلّم في الصلاة ، هذا .

وفيه : أنّ إطلاق الكلام على الالتزام إطلاق مسامحي لا يصار إليه إلّا بقرينة مضافاً إلى أنّه لا ينطبق على موارد أخبار المزارعة .

وأمّا الاحتمال الثالث في كلام الشيخ (قدّس سرّه)[2] أعني إرادة الكلام الواحد في الفقرتين وكونه محلّلاً بوجوده ومحرّماً بعدمه أو بالعكس وهو الذي قرّبه الشيخ

---

(١) حاشية المكاسب (الآخوند) : ١٥ .

(٢) المكاسب ٣ : ٦٣ .

(قدّس سرّه) واختاره الكاشاني في الوافي فهو بعيد غايته ، لأنّ الألفاظ إذا أُطلقت تكون فانيات في الوجود الواقعي دون العدم ، فمعنى البيع وجود البيع لا عدمه فاستعمال الكلام وإرادة عدمه غريب[١].

وأمّا الاحتمال الرابع من محتملاته (قدّس سرّه) وهو إرادة المقاولة ومجرّد المواعدة من الكلام المحلّل وإرادة إنشاء البيع من الكلام المحرّم ، فهو أيضاً يندفع بظهور الكلام في وحدة المراد منه في بابي البيع والمزارعة ، والتفكيك بينهما خلاف ظاهر الرواية كما هو ظاهر .

إذن المتعيّن بين محتملات الحديث هو الاحتمال الثاني في كلام الشيخ (قدّس سرّه) وأنّ المعنى الواحد إذا أُلقي بلفظ يكون محلّلاً كما أنّه إذا أُلقي بلفظ آخر يكون محرّماً ، أو إذا صدر في مورد يكون محلّلاً وإذا صدر في مورد آخر يكون محرّماً وهذا كالزوجية الانقطاعية فإنّها إذا أُدّيت بصيغة متّعتك نفسي في المدّة المعلومة بالمبلغ المعلوم تكون محلّلة ، وإذا أُدّيت بلفظ آجرتك نفسي تكون محرّمة ، وكصيغة البيع في المقام فإنّها إذا وقعت قبل اشتراء الدلّال له من مالكه تكون محرّمة لأنّه من قبيل بيع ما لا يملك ، وإذا وقعت بعد شرائه تكون محلّلة . فالاختلاف تارةً بحسب الألفاظ وتارةً بحسب الموارد . وهذا المعنى ينطبق على مورد روايتي البيع والمزارعة ، أمّا انطباقه على مورد رواية البيع فبلحاظ اختلاف الموارد وأنّ البيع إذا أُنشئ قبل شراء الدلّال يكون محرّماً وإذا أُنشئ بعده يكون محلّلاً ، وأمّا انطباقه على مورد رواية المزارعة فبلحاظ اختلاف اللفظ وأنّ المقصود الواحد ـ وهو جعل الثلث لمالك الأرض والثلثين للزارع ـ إذا أُنشئ مع التسمية يكون حراماً وبدونها يكون حلالاً .

---

(١) ينتقض ذلك بلفظة العدم فإنّها فانية في العدم دون الأُمور الوجودية .

ثمّ إنّ المراد بالتحريم والتحليل هو التحريم والتحليل الوضعي بمعنى ترتّب الأثر المقصود وعدم ترتّبه .

والوجه في إسناد الإمام التحريم إلى الكلام مع أنّ الموجب للفساد والبطلان هو عدم وقوع السبب الصحيح ، هو أنّ الداعي له إلى ترتيب الآثار في الخارج ليس إلّا الصيغة الفاسدة في مثل بيع الدار ، إذ لولا الصيغة فيها لا يسكن الدار بوجه ، وإنّما سكنها استناداً إلى تلك الصيغة الفاسدة وبهذا الاعتبار أسند الإمام التحريم إلى اللفظ في مقابل العامّة القائلين ببطلان البيع في المقام مطلقاً ، وقع قبل الشراء أم بعده وأراد الإمام (عليه السلام) بيان ذلك المعنى وأنّه إذا وقع بعد وقوع الشراء يكون محلّلاً أي موجباً لحصول ما قصده من الآثار وهذا معنى كونه محلّلاً أو محرّماً ، يعني أنّ معناه كونه موجباً للفساد أو الصحّة .

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه) بعدما منع ظهور الفقرة المذكورة في حصر المحلّل والمحرّم في اللفظ وأسقطها عن الدلالة على اعتبار اللفظ بهذا التقريب ، ذكر أنّه يمكن استظهار اعتباره في إيجاب البيع بوجه آخر وهو أنّ المراد بالكلام إيجاب البيع وإنشاؤه ، فحصر المحلّل والمحرّم في الكلام المراد به إيجاب البيع يقتضي عدم تحقّق البيع إلّا باللفظ ، إذ لو وقع بغيره لم يصحّ الحصر .

وفيه : مضافاً إلى أنّ لازمه القول بعدم ترتّب الأثر على المعاطاة حتّى إباحة التصرف وهو مخالف للإجماع كما تقدّم ، أنّ هذا الوجه أيضاً غير تامّ ، لا لما أفاده (قدّس سرّه) من احتمال أن يكون وجه الحصر في الكلام عدم إمكان المعاطاة في مورد الرواية ، لأنّ المبيع عند مالكه الأوّل ، وذلك لامكان كون المبيع عند غير مالكه كما يتّفق كثيراً في الدلّالين ، وهو ظاهر الاشارة في السؤال بقوله « اشتر لي هذا الثوب » ، ولامكان تحقّق المعاطاة بالاعطاء من طرف واحد كالمشتري في الفرض . بل الوجه في عدم تمامية ذلك هو أنّ مفروض السؤال تحقّق الايجاب والقبول أو

المقاولة باللفظ ، ففي هذا الفرض قال (عليه السلام) « إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام » ، فالحصر إضافي لا حقيقي ، والمعنى أنّ المحلّل هو المقاولة لا إنشاء البيع والمحرّم هو إنشاء البيع لا المقاولة ، [أو أنّ المحلّل هو إنشاء البيع بعد ملك البائع لا قبله ، والمحرّم هو انشاؤه قبله لا بعده].

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) ذكر أخباراً ادّعى إشعارها باعتبار اللفظ في البيع والانصاف أنّه لا إشعار فيها بذلك ، إذ وقع في بعضها « ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها »(١) ولا يمكن استفادة اعتبار اللفظ منه بوجه ، لأنّ « لا تواجب » بمعنى لا تعامل ، ولا إشعار فيه باللفظ ، فلذا ذكر بعض المحشّين(٢) (قدّس الله أسرارهم) أنّ الاستدلال على اعتبار اللفظ في المعاملة لو صحّ بهذه الروايات استناداً إلى ظهور المواجبة في الايجاب اللفظي لصحّ للشيخ أن يستدلّ على اعتبار اللفظ في المعاملة بكلّ رواية وقع فيها لفظة البيع ، لأنّها أيضاً ظاهرة في البيع اللفظي .

فتحصّل : أنّ المعاطاة تفيد الملك اللازم على الأصحّ ولا إشكال في ذلك بوجه .

تنبيهات المعاطاة

وينبغي التنبيه على أُمور : **الأوّل** : أنّه هل يعتبر في المعاطاة ما اعتبر في البيع من الشروط ، وهل يجري فيها أحكام البيع ، فهنا مسألتان قد تعرّض لهما الشيخ (رحمه الله)(٣) في التنبيه الأوّل . والكلام في المسألة الأُولى يقع في مقامات ثلاث :

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥٢ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح١٣ .

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٦٧ .

(٣) المكاسب ٣ : ٦٦ .

الأوّل : في المعاطاة التي قصد بها الاباحة وأنّ شروط البيع هل تعتبر فيها أو لا تعتبر . الثاني : في المعاطاة التي قصد بها التمليك على القول بافادتها الملك الجائز . والثالث : في المعاطاة المقصود بها التمليك على القول بأنّها تفيد الاباحة وأنّ الشرائط المعتبرة في البيع من عدم الغرر أو الربا معتبرة فيها أم لا ، وأمّا بناءً على ما ذكرناه من أنّها تفيد الملك اللازم فلا إشكال في أنّها بيع حقيقي ويعتبر فيها جميع ما اعتبر في صحّة البيع من الشرائط .

أمّا المقام الأوّل : أعني المعاطاة المقصود بها الاباحة ، فلا ينبغي الإشكال في أنّها خارجة عن البيع ولا يشملها ما دلّ على اعتبار الشرائط في البيع ، كقوله (عليه السلام) نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر ، وذلك لأنّها إباحة محضة ولا مانع من أن تكون غررية أو ربوية بأن يبيح منّاً من الحنطة في مقابل منّين منها وبعبارة اُخرى مرجع اشتراط شيء في صحّة البَيع إلى اعتباره في حصول الملك والمفروض أنّ هذه المعاطاة لا يحصل بها الملك أصلاً سواء وجدت تلك الشروط أم فقدتها .

وأمّا صحّة هذه الاباحة ومشروعيتها عند الشكّ في اعتبار شيء فيها فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّه لابدّ من المراجعة حينئذ إلى الدليل الذي دلّ على صحّة هذه الاباحة ، فإن كان المستند لها عموم قوله « الناس مسلّطون على أموالهم »[2] فيمكن نفي شرطية ما شكّ في شرطيته للاباحة بهذا العموم ، فله أن يتصرّف في أمواله كيف شاء بأن يعطي منّاً في مقابل منّين وهكذا .

وأمّا إذا كان مستندها السيرة المتشرّعية الجارية على التصرف فيما أخذ

(١) المكاسب ٣ : ٦٧ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

بالمعاطاة فينعكس الأمر ، لأنّ السيرة دليل لبّي يقتصر فيها على المقدار المتيقّن وهو الاباحة الواجدة للشرط المحتمل ، هذا .

والتحقيق أنّه لا يجوز الرجوع إلى حديث السلطنة ولا إلى السيرة لنفي اعتبار ما يحتمل اعتباره ، أمّا السيرة فلأنّها وإن كانت ثابتة في الجملة إلّا أنّها دليل لبّي يقتصر على المتيقّن منه ، وأمّا الحديث فلضعفه سنداً ودلالة ، لما عرفت من أنّه ناظر إلى رفع الحجر والمنع عن المالك في التصرفات المفروغ عن جوازها ومشروعيتها وأمّا إذا شككنا في أصل مشروعية شيء من التصرفات كما في المعاطاة الفاقدة لشروط البيع فلا يمكن التمسّك به في تصحيحها أبداً .

بل المدرك في إباحة التصرفات في المعاطاة المقصود بها الاباحة هو عموم ما دلّ على إباحة ذلك التصرف كعموم ما دلّ على إباحة شرب الماء أو أكل الخبز مثلاً فإذا أباح بالمعاطاة ماءً أو خبزاً أو نحوهما فمقتضى العمومات حلّية الأكل والشرب وسائر التصرّفات من دون اشتراطها بشيء ، وذلك لأنّه لا مانع من أكل مثل الرمّان أو غيره إلّا عدم رضا مالكه ، والمفروض أنّ مالكه راضٍ ، فلا مانع من التصرّف فيه ، وبه ندفع شرطية كلّ ما شكّ في شرطيته من عدم الغرر والربا ونحوهما ، هذا كلّه في التصرفات غير الموقوفة على الملك .

وأمّا التصرف الموقوف على الملك كالوطء والعتق والبيع ونحوها ، فلا يمكن إثبات أنّه جائز لغير المالك أيضاً بالعمومات وذلك لأنّها خصّصت بما دلّ على اعتبار الملك ، وأمّا ما شكّ في توقّفه على الملك ، فالأصل يقتضي عدم التوقّف فيلحق بالفرض الأوّل ويجوز التصرّف .

أمّا المقام الثاني : أعني المعاطاة المقصود بها الملك بناءً على إفادتها الملك المتزلزل شرعاً ، فلا ينبغي الشكّ في شمول ما دلّ على اعتبار الشرائط في البيع لها

لأنّها بيع عرفي وشرعي ، لأنّ البيع ليس إلّا تبديل مال بمال وهو صادق في المقام ولا دخل للجواز واللزوم في حقيقة البيع لأنّهما حكمان يعرضان على البيع ، ولا ينافي الجواز كونها بيعاً ، ومن الواضح أنّ ظاهر اشتراط شيء في البيع اشتراطه في حصول الملكية لا اللزوم ، والمفروض حصول الملكية في المقام ، فيعتبر فيها جميع ما اعتبر في البيع من الشرائط ، وهذا ممّا لا كلام فيه ولا إشكال ، وإنّما الكلام في المقام الثالث .

وأمّا المقام الثالث : أعني المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للاباحة شرعاً دون الملك ، فهي وسط بين القسمين المتقدّمين ، لأنّ الأُولى ليست بيعاً لا عرفاً ولا شرعاً ، والثانية بيع عرفاً وشرعاً ، وهذه بيع عرفاً لا شرعاً ، لأنّها قصد بها التمليك فتكون بيعاً عرفاً ولم يترتّب عليها الأثر المقصود في نظر الشارع فلا تكون بيعاً شرعاً . ويمكن أن يقال باعتبار شروط البيع في هذا القسم من المعاطاة لوجهين :

أحدهما : ما هو مبني على ما اخترناه من أنّ المعاطاة المبحوث عنها بيع عرفاً وشرعاً فيشملها الأدلّة الدالّة على اعتبار الشرائط في البيع . أمّا أنّها بيع عرفاً فلوضوح أنّها مبادلة مال بمال عند العرف ، وأمّا كونها بيعاً عند الشرع فلأجل أنّها تفيد الملك بعد طروء أحد الملزمات ، فالشارع أمضاها على نحو الانفصال وإن لم يمضها متّصلاً بوقوعها ، ولكن ذلك لا يضرّ بصحّة المعاطاة وكونها بيعاً شرعياً أبداً كما وقع نظيره في مثل بيع السلم والصرف والهبة فإنّ إفادتها الملك متوقّفة على القبض فلا يمضيها الشارع متّصلاً بوقوع العقد كما هو واضح ، إلّا أنّه لا يوجب خروجها عن مفهوم البيع أو الهبة .

وفي المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للاباحة شرعاً وإن لم يمضها الشارع متّصلاً بوقوعها ولكنّه أمضاها بعد مدّة وهو ما إذا طرأ عليها أحد الملزمات من التلف والتصرف ونحوهما ، فهي بيع شرعي وعرفي فلابدّ من اعتبار شرائط البيع

فيها لا محالة . هذا كلّه بالاضافة إلى زمان حصول الملك ، وأمّا من حيث إباحة التصرف قبل ذلك فيظهر الحال فيه من الوجه الثاني .

وثانيهما : أنّ مقتضى القاعدة بعد عدم إمضاء الشارع للمعاطاة على نحو ما قصده المتعاطيان كما هو المفروض في المقام أن تكون فاسدة ولا يجوز التصرف في العوضين كما هو الحال في جميع المعاملات الفاسدة ، وقصد التمليك لا يوجب جواز التصرفات وإلّا فلازمه حلّية التصرفات الواقعة على العوضين في جميع البيوع الفاسدة لوجود القصد فيها لا محالة ، وعليه فنسأل عن أنّ المرخّص في التصرفات وما يقتضي حلّيتها في المقام مع عدم إمضاء الشارع لها ماذا ، وبأيّ وجه يجوز التصرفات في المعاطاة المقصود بها التمليك المترتّبة عليها الاباحة ، مع أنّ الاباحة غير مقصودة لهما وما قصداه وهو التمليك غير ممضى حسب الفرض .

ولا دليل على حلّية التصرفات لدى الخصم إلّا الإجماع والسيرة القطعيتان القائمتان على جواز التصرفات في المال المأخوذ بالمعاطاة ، وهما دليلان لبّيان لابدّ من الاقتصار فيهما على المقدار المتيقّن وهو صورة اجتماع جميع شرائط البيع في المعاطاة .

وهذا بلا فرق بين كون دليل اعتبار الشرط لفظياً أو لبّياً ، بل لابدّ من اعتبار الشروط الخلافية المشكوك شرطيتها في البيع ، لأنّ القدر المتيقّن إنّما هو الجامع لجميع ذلك ، فهذا الفرض أسوأ حالاً من المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للملك الجائز وذلك لأنّا إذا شككنا في اعتبار شرط آخر غير شروط البيع اللفظي في إفادتها الملك نتمسّك بعمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[2] وغيرهما من

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

الأدلّة اللفظية وبها ندفع شرطيته وهو واضح ، وهذا بخلاف المقام أعني المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للاباحة فإنّا إذا شككنا في اعتبار شيء وشرطيته في إفادتها للاباحة فلا يمكننا دفعه وإثبات عدم كونه شرطاً ، بل لابدّ من الاتيان بها بجميع شرائط البيع وما شكّ في اعتباره في إفادتها للاباحة ، لأنّ دليل إفادة المعاطاة الاباحة في المقام منحصر بالاجماع والسيرة وهما دليلان لبّيان يقتصر فيهما على المقدار المتيقّن لا محالة .

ثمّ إنّ في هامش بعض نسخ المكاسب حاشية من المصنّف (قدّس سرّه) حاصلها جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الاباحة أيضاً . وفيه أنّا لم نعثر في الربا على إطلاق يعمّ جميع المعاوضات حتّى الاباحة المشروطة بمثلها .

هذا كلّه في المسألة الأُولى التي ذكرها شيخنا الأنصاري في التنبيه الأوّل .

جريان الخيار في المعاطاة

بقي الكلام في المسألة الثانية التي نبّه عليها أيضاً في هذا التنبيه أعني جريان الخيار الذي هو من أحكام البيع في المعاطاة .

ذكر شيخنا الأنصاري[1] أنّه يمكن نفي الخيار في المعاطاة بناءً على أنّها تفيد الاباحة لأنّها جائزة فلا معنى للخيار ، ولا يخفى ما في التعليل ، فإنّ مجرّد الجواز لا ينافي الخيار كما ستعرف ، والمناسب تعليله بأنّها إباحة . ثمّ قال : « وأمّا إذا قلنا بافادتها الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » وفيه : أنّ المعاطاة بناءً على أنّها تفيد الملك بيع من الابتداء ولا معنى لكونها بيعاً بعد اللزوم ، إذ اللزوم والجواز حكمان شرعيّان يعرضان على البيع ولا مدخلية للزوم في

---

(١) المكاسب ٣ : ٧٢ .

تحقّق البيع بوجه، فهذا محمول على سهو القلم.

وتحقيق الحال في المقام يقع في ثلاثة مقامات: المقام الأوّل: في المعاطاة المقصود بها الاباحة التي تفيد الاباحة أيضاً. والمقام الثاني: في المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للملك أيضاً لازماً كان أو جائزاً. والمقام الثالث: في المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للاباحة.

أمّا المقام الأوّل: أعني المعاطاة التي قصد بها الاباحة فلا يجري فيها شيء من الخيارات لعدم المقتضي له لا ثبوتاً ولا إثباتاً، أمّا ثبوتاً فلأنّ الخيار ملك فسخ العقد، وليست هذه المعاطاة عقداً. ولأنّ الخيار إنّما يجعل فيما يكون ثبوته توسعة لذي الخيار ويكون انتفاؤه كلفة عليه، ولا كلفة في هذه المعاطاة بعد عدم كونها عقداً لازماً، فلا معنى لجعل الخيار فيها لا شرعاً ولا بجعل المتعاطيين. وأمّا إثباتاً فلأنّه إذا لم يمكن الثبوت لم يمكن الاثبات، ولأنّ أدلّة الخيار المختصّة بالبيع لا تشمل هذه المعاطاة لأنّها ليست بيعاً، والخيار المستند إلى ثبوت الضرر في اللزوم لا يثبت في المقام، لانتفاء موضوع الضرر وهو الملك.

وأمّا المقام الثاني: أعني المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للملك أيضاً على نحو اللزوم أو الجواز. فإن أفادت الملك اللازم فلا ينبغي الإشكال في أنّها بيع حقيقة ويجري فيها جميع أحكام البيع ومنها الخيار بلا نكير فلذا لم يتعرّض له شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في عبارته.

وأمّا إذا قلنا بافادتها الملك الجائز والمتزلزل، ففي جريان خيارات البيع فيها مطلقاً، وعدم جريانها فيها كذلك، أو التفصيل بين الخيارات المختصّة بالبيع كخيار المجلس الثابت بقوله « البيّعان بالخيار » وكخيار الحيوان، وبين الخيارات العامّة كخيار العيب والغبن ونحوهما، وجوه.

وربما يقال بأنّه لا معنى لجعل الخيار في هذا القسم من المعاطاة لأنّها جائزة

بذاتها فجعل الخيار فيها من اللغو الظاهر ، فلا يجري فيها شيء من الخيارات مطلقاً .

ويندفع ذلك بأنّه لا مانع من جعل الخيار فيما هو جائز في حدّ ذاته ولا تنافي بينهما ولا يلزم هناك لغوية أبداً ، وسيتّضح ذلك في ضمن بيان الوجه المختار وهو جريان خيارات البيع في هذا القسم من المعاطاة مطلقاً ، وتوضيحه : أنّ المراد بالجواز الثابت في المعاطاة ذاتاً إمّا أن يكون هو الجواز الحكمي كما في الهبة ، وإمّا أن يكون المراد به هو الجواز الحقّي كما في خيارات البيع كخيار المجلس أو الحيوان ونريد بالجواز الحكمي ما لا يكون إسقاطه باختيار المتبايعين لأنّه حكم شرعي كما في الهبة فإنّها جائزة بحكم الشارع ولا يمكن إسقاطه أبداً ، وهو نظير اللزوم الحكمي كاللزوم في باب النكاح فإنّه لا يرتفع بتراضي الزوجين على فسخه ، بخلاف اللزوم في باب البيع فإنّه لزوم حقّي وللمتبايعين أن يتراضيا على رفع ما أنشآ من المعاملة .

كما أنّ المراد بالجواز الحقّي هو ما يكون باختيار المتبايعين كما في خياري الغبن والعيب فإنّ إسقاطهما باختيار من له الخيار ، وذلك ظاهر .

وعلى كلا تقديري كون الجواز في المعاطاة حقّياً أو حكميّاً ، فإمّا أن يكون متعلّقاً بالعقد وإمّا أن يكون متعلّقاً بترادّ العينين كما ذكره شيخنا الأنصاري في التنبيه السادس وسيأتي تحقيقه هناك ، فإن قلنا بأنّ الجواز في المعاطاة حقّي ومتعلّق بالعقد فيجتمع في المعاطاة خياران أحدهما بنفسها ، وثانيهما من جهة الخيار المجعول فيها ولا مانع من اجتماع خيارين في مورد واحد أبداً ولا يلزم اللغوية أصلاً ، لفائدة إمكان إسقاطه وإعماله بعد إسقاط الخيار الأوّل نظير اجتماع خياري المجلس والحيوان والغبن والعيب في مورد واحد ، إذ لا مانع من أن يجعل له حقّان أبداً .

وأمّا إذا قلنا بأنّ الجواز المعاطاتي متعلّق بترادّ العينين فالأمر حينئذ أوضح من الأوّل ، لأنّ الخيار يتعلّق بالعقد والجواز المعاطاتي متعلّق بترادّ العينين فهما أمران متعلّقان بموضوعين مختلفين .

وأمّا إذا قلنا بأنّ الجواز المعاطاتي حكمي فإن كان متعلّقاً بترادّ العينين فلا اجتماع أيضاً، لأنّ أحدهما متعلّق بالعقد وثانيهما بترادّ العينين وذلك ظاهر. وأمّا إذا كان متعلّقاً بنفس العقد فحينئذ وإن لزم اجتماع جوازين في مورد واحد، إلّا أنّ الجواز المعاطاتي لا يلزم اللغوية منه أصلاً، لأنّ ذلك لا يبقى إلى أبد الآباد ليكون جعل الخيار الآخر فيه لغواً، وإنّما يرتفع بطروء أحد الملزمات ويتحقّق للخيار بعد طروّه محلّ، والنسبة بينهما عموم من وجه، إذ ربما يتلف أحد العوضين في المجلس فيسقط الخيار الحكمي ويبقى خيار المجلس بحاله، وأُخرى يطرأ التلف أو التغيّر في أحد العوضين بعد انقضاء الخيار كخيار المجلس ونحوه، فلا يلزم هناك لغوية أبداً. نعم لو كان الجواز المعاطاتي ممتدّاً وباقياً إلى الأبد كان جعل الخيار في مثله من اللغو الواضح كما في المعاطاة المقصود بها الاباحة.

ثمّ إنّ التفصيل بين الخيارات الخاصّة بالبيع كخيار المجلس وبين الخيارات العامّة بدعوى أنّ الأُولى مختصّة بالبيع اللازم من غير ناحية الخيار والمعاطاة في المقام غير لازمة من غير ناحية الخيار، لأنّ المفروض أنّها جائزة لذاتها، ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لأنّ الخيار والجواز حكم شرعي كاللزوم وموردهما البيع وليس حكمه بالجواز مقيّداً بما إذا كان البيع لازماً من غير جهة الخيار، أفيمكن أن يقال إنّ جعل الخيار مع خيار المجلس في البيع غير ممكن من جهة أنّ البيع غير لازم من غير جهة الخيار حينئذ. مضافاً إلى ما عرفت من أنّ المعاطاة مبنيّة على اللزوم بحسب قصد المتعاطيين، غاية الأمر ثبت فيها الجواز ما لم يحصل التصرف بالسيرة ونحوها.

فالمتحصّل من جميع ذلك: أنّ الخيارات جارية في المعاطاة المفيدة للملك ويقع الكلام بعد ذلك في:

المقام الثالث: أعني ما إذا قصد بالمعاطاة التمليك ولكنّها أفادت الاباحة

وهل يجري فيها أحكام البيع من الخيار ونحوه أو لا ؟

نقول : إن كان الخيار حقّاً متعلّقاً بردّ العين فلا ينبغي الريب في عدم ثبوته فيها لانتفاء موضوعه ، لأنّ العين لم تخرج عن ملك مالكها ولم يحصل النقل والانتقال وإنّما أُبيح التصرّف فيها شرعاً . وإن كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد فالظاهر ثبوته فيها ، لما بيّنا من أنّها بيع عرفاً وشرعاً ، غاية الأمر توقّف تأثيره في الملك على حصول أحد الملزمات ، فتعمّها أدلّة الخيار ، إذ لا يشترط في ثبوته التأثير الفعلي للبيع ، بل تكفي قابليته للتأثير ، وأثر الخيار حينئذ التمكّن من رفع تلك القابلية ، فإذا أمضى المعاطاة وأسقط خياره ترتّب عليه إباحة التصرف فعلاً والملك بعد التصرف ، وإذا فسخها انتفت الاباحة بانحلال موضوعها وهو المعاطاة ولا يحصل الملك بعد التصرف . ونظير ذلك بيع الصرف قبل القبض ، فإنّه تشمله أدلّة الخيار مع عدم فعلية تأثيره في الملك لتوقّفه على القبض ، فإذا أسقط الخيار وجب الاقباض وترتّب عليه الملك ، وإذا فسخ العقد سقط عن قابلية التأثير بعد الاقباض .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الخيارات تجري في جميع أقسام المعاطاة إلّا في القسم الأوّل منها وهو صورة قصد الاباحة بالمعاطاة المفيدة للاباحة أيضاً .

التنبيه الثاني

فيما يحصل به المعاطاة ، لا يخفى أنّ المقدار المتيقّن من مورد المعاطاة الاعطاء والأخذ من جانبين كما هو معنى المعاطاة بحسب مفهومها لغة[١] لأنّها من المفاعلة وهي فعل اثنين ، إلّا أنّ لفظة المعاطاة بما أنّها غير واردة في شيء من الكتاب والروايات فلذا لا نقتصر على ما هو معناها لغة .

---

(١) مجمع البحرين ١ : ٢٩٧ .

فالكلام يقع في المعاملات الفعلية في مقابل المعاملات القولية فيرجع البحث في هذا التنبيه إلى أنّ الانشاء الفعلي هل يكفي في المعاملات أو لا سواء كان معاطاة ومن طرفين أو لا .

وكيف كان فتحقيق الحال في ذلك يقع في ثلاثة مقامات : المقام الأوّل : في المعاطاة المقصود بها الاباحة المفيدة للاباحة أيضاً . المقام الثاني : في المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للملكية اللازمة أو الجائزة . المقام الثالث : في المعاطاة المقصود بها التمليك المفيدة للاباحة ، ويقع الكلام في تلك المقامات في أنّ المعاطاة من جانب واحد هل هي كالمعاطاة من جانبين في جميع الأحكام المتقدّمة المذكورة في المعاطاة من الجانبين أو لا .

أمّا المقام الأوّل : فإذا أعطى أحدهما ماله للآخر وأخذه الآخر بقصد إباحة التصرّفات ، فلا إشكال في أنّه كصورة الاعطاء من الجانبين في جريان الأدلّة الدالّة على إباحة التصرّفات ، وهي العمومات الدالّة على حلّية التصرفات في كلّ واحد واحد من الأشياء بخصوصه ، فإذا أباح للآخر التصرف في مثل الماء ونحوه فنقول إنّ شربه حلال له ولا مانع عنه إلّا عدم رضا مالكه والمفروض أنّه راضٍ بالتصرف في ماله ، فالمقتضي موجود والمانع عنه مفقود فلا محالة يباح له التصرف فيما أباحه الآخر له ، كما أنّ دليلها لو كان عبارة عن عموم قوله (عليه السلام) «الناس مسلّطون على أموالهم»[1] يجري في المقام أيضاً ، ولكنّك عرفت أنّ أصل الاستدلال به غير تامّ لأنّه لا يدلّ على إباحة التصرف المشكوك حرمته .

فهذا القسم من المعاطاة فيما إذا كانت من جانب واحد نظير ما إذا كانت من جانبين في جريان الأحكام المذكورة فيها .

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

وأمّا المقام الثاني : أعني المعاطاة المقصود بها الملك المترتّب عليها الملك أيضاً لزوماً كان أو على نحو الجواز ، فهي أيضاً كما إذا كانت المعاطاة من الطرفين ويجري فيها جميع الأدلّة التي أقمناها على إفادتها الملك واللزوم كقوله تعالى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] أو ﴿**تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾[2] أو غيرهما من الأدلّة التي أسلفناها سابقاً وذلك لأنّها بيع عرفاً وشرعاً .

وما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[3] من أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال وهي تستلزم التبديلين لا محالة والمفروض أنّ التبديل في المقام من طرف واحد ولا مبادلة فيها ، فممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، لما ذكرناه سابقاً[4] من أنّ المراد بالمبادلة ليس هو المبادلة الخارجية والمكانية ، بل المراد بها هو المبادلة في عالم الاعتبار المبرزة في الخارج بالفعل أو القول ، وهذا المعنى متحقّق في المقام أيضاً لأنّهما قصدا المبادلة بين المالين حسب الفرض وقد أبرزاها باعطاء أحدهما وأخذ الآخر له في مقابلة العوض ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقال : إنّ المعاطاة من الجانبين قليلة جدّاً بل كلّ ما يقع في الخارج من المعاطاة معاطاة من جانب واحد فالبائع مثلاً يبرز اعتباره باعطاء ماله والمشتري يبرز قبوله بأخذه ، فيكون إعطاء الثمن بعد ذلك وفاءً بالمعاملة التي أوقعاها بالاعطاء والأخذ لا أنّه مقوّم للمعاطاة والمعاملة كما هو ظاهر ، فلذا لو سألنا المشتري عن المبيع أنّه مال مَن ، قبل أن يدفع عوضه إلى

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) منية الطالب ١ : ١٦٦ .

(٤) في الصفحة ١٧ .

البائع ، يجيبنا بأنّه مالي اشتريته بكذا وكذا ، إلّا فيما إذا لم يطمئن البائع بالمشتري فأعطى بإحدى يديه المبيع وأخذ بالاُخرى الثمن حين دفعه المبيع ، وهو قليل جدّاً كما هو واضح .

فتحصّل : أنّ المعاطاة من جانب في هذه الصورة كالمعاطاة من جانبين في جريان جميع الأحكام التي ذكرناها فيها .

وأمّا المقام الثالث : أعني ما إذا قصد بالمعاطاة التمليك وترتّبت عليها الاباحة ، فإذا كانت المعاطاة من جانب واحد فالتحاقها بالمعاطاة من الجانبين في الأحكام يحتاج إلى ملاحظة قيام السيرة على الاباحة في هذه الصورة أيضاً كقيامها على الاباحة فيما إذا كانت المعاطاة من الطرفين وبدون قيامها لا يمكن التعدّي منها في المقام وإثبات أنّ المعاطاة من جانب واحد كالمعاطاة من الجانبين .

ولا يمكن الاستدلال للاباحة في هذه الصورة بعموم قوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم »(١) فله أن يبيح ماله بهذه الكيفية مثلاً ، وذلك لما عرفت من أنّه يختص بما إذا كان التصرف مشروعاً في حدّ نفسه إلّا أنّه شكّ في استقلال المالك لا فيما إذا كان التصرف في حدّ نفسه مشكوك الحلّية والحرمة كما في المقام .

وفي تعليقة شيخنا المحقّق(٢) أنّ بعض المحشّين استدلّ للاباحة في هذه الصورة بعموم قوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم » فأورد عليه بأنّ الاستدلال به إنّما يصحّ فيما إذا قصد بها الاباحة وترتّب الاباحة عليها أيضاً ، أو قصد بها التمليك فترتّب عليها الملك أيضاً ، فإنّه يمكن أن يقال حينئذ إنّه مسلّط على

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ١٥٨ .

إباحة ماله أو تمليكه ، وأمّا فيما إذا قصد بها التمليك وأفادت الاباحة كما في المقام فلا لأنّ الاباحة حينئذ شرعية وليست مالكية إذ لم يبح المالك ماله للآخر بوجه ، وإنّما أراد تمليكه له ولم يقع ، وما وقع من الاباحة حكم شرعي لم يقصده المالك بوجه فلم يبح ماله ليقال إنّه مسلّط على إباحة ماله ، هذا .

وما أفاده (قدّس سرّه) متين جدّاً إلّا أنّ مراده ببعض المحشّين إن كان هو السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته حيث استدلّ للاباحة بعموم قوله « الناس » الخ فهو إنّما استدلّ به في المعاطاة المقصود بها الاباحة المفيدة للاباحة دون المقام ، وقد ذكر السيّد (قدّس سرّه)(١) أنّ التمسّك به إنّما يصحّ في هذه الصورة دون ما إذا قصد بها التمليك فترتّب عليها الاباحة بعين ما ذكره شيخنا المحقّق طابق النعل بالنعل فلا يرد عليه إشكال ، وإن أراد به شخصاً آخر فلم نقف عليه وأنّ ذلك المحشّي من هو فليتأمّل(٢).

ثمّ إنّ السيرة على إباحة التصرّفات في هذه الصورة أعني ما إذا كانت المعاطاة من طرف واحد متحقّقة ، لما عرفت من أنّهم دائماً يتعاملون بالمعاطاة من طرف واحد ، بل المعاطاة نسيئة معروفة عندهم فكثيراً ما يشترون شيئاً بالمعاطاة نسيئة ولا يدفعون الثمن حين إعطاء المالك للمبيع ، وعليه فالمعاطاة من جانب في هذه الصورة كالمعاطاة من الجانبين في إفادتها الاباحة وجريان جميع ما ذكرناه هناك ، هذا كلّه فيما إذا وقعت المعاطاة من جانب واحد .

وأمّا المعاطاة من غير أخذ وإعطاء أصلاً وهو القسم الثالث من المعاطاة وقد

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٧٧ .

(٢) نصّ سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) بعد يوم على أنّ هذا المحشّي هو الاشكوري (قدّس سرّه) وإيراد شيخه المحقّق والسيّد وارد عليه .

مثّل الشيخ[١] لها بوضع الفلوس في كوز الحمّامي مع غيبته والاغتسال بالماء أو وضع الفلوس في كوز السقّاء أو البقّال وشرب الماء أو أخذ الخضراوات مع غيبتهما وغيرها من المحقّرات مع عدم إعطاء من المالك فيها للمشتري وعدم أخذ فيها من المالك ، فهل هي كالاعطاء والأخذ من الجانبين في جميع الأحكام المذكورة فيها كافادتها اللزوم أو الجواز أو الاباحة ، أو أنّ حكمها مغاير للاعطاء والأخذ من الجانبين .

نقول : أمّا وضع الفلوس في كوز الحمّامي فليس بيعاً ولا إجارة معاطاتية بوجه ، لاشتراط البيع والاجارة بكون العوضين معلومين كمّاً ومقداراً ، وأحد العوضين فيه مجهول من الابتداء ، إذ لا يعلم أنّه يصرف أيّ مقدار من الماء أو يبقى أيّ مدّة في الحمّام ، فالظاهر أنّه من قبيل إباحة التصرف بشرط وضع الفلس بنحو الشرط المتأخّر .

وأمّا وضع الفلوس في كوز السقاء وشرب مقدار من الماء فهو أيضاً خارج عن البيع والمبادلة بين المالين ، لاشتراطه بالعلم بمقدار الثمن والمثمن ، ومقدار الماء الذي يشربه الشارب مجهول فربّ شخص يشرب كأسين من الماء ، وبعضهم يشرب نصف كأس ، ومعه لا يكون ذلك من البيع بوجه ، وإنّما هو إباحة مشروطة بوضع الفلس بنحو الشرط المتأخّر كما في سابقه .

وأمّا أخذ البقل مع غيبة البقلي ووضع الفلوس في كوزه فهو بيع حقيقي على طريقة المعاطاة ويكون إنشاء المعاملة فيها بأخذ البقل ، فكأنّ البقلي بوضع البقل في المكان الخاصّ وكّل كلّ من أراد الشراء في إيجاب البيع ، فيكون أخذ البقل إيجاباً وكالة وقبولاً أصالة .

---

(١) المكاسب ٣ : ٧٥ .

وما ذكره شيخنا الأُستاذ(١) من اعتبار تعيين الوكيل في صحّة التوكيل ، إنّما يتمّ في الوكالات الشخصية وأمّا في التوكيل النوعي فلا يقدح فيه عدم تعيّن الشخص ، فإنّ توكيل عنوان كلّي ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معيّن لا كتوكيل شخص غير معلوم كما إذا قال : إنّ علماء النجف وكلائي في بيع كتبي أو تعمير مدرستي ، فإنّ ذلك صحيح قطعاً .

والأولى أن يمثّل لها بما إذا أودع أحد عند عمرو ديناراً والآخر أودع عنده ثوباً وحين الاسترداد اشتبه الودعي فدفع الثوب لمالك الدينار والدينار لمالك الثوب وبعد ما أخذاهما وعلما باشتباه الودعي أبقى كلّ واحد منهما ماله عند الآخر بعنوان التمليك . وكذا يمكن التمثيل بما إذا كان لزيد عند عمرو دينار فأطارت الريح ثوب عمرو إلى دار زيد فأبقى كل منهما ماله عند الآخر على نحو التمليك ، فهل هي كالمعاطاة المشتملة على القبض والأخذ من جانبين أو لا ؟

الصحيح أنّها مثلها في جميع الأحكام المتقدّمة فتفيد الملك اللازم إذا قلنا بأنّ المعاطاة تفيد اللزوم ، والجواز إن قلنا بالجواز ، وتشملها أدلّة البيع كعموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(٢) و **﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**(٣) لأنّ البيع ليس إلّا عبارة عن الاعتبار النفساني المبرز في الخارج بشيء من الفعل أو اللفظ وهذا متحقّق في المقام ، لأنّ كلّ واحد منهما بابقائه ماله عند صاحبه قد أبرز اعتباره النفساني ، والابقاء يصلح أن يكون مبرزاً كما هو ظاهر ، هذا كلّه فيما إذا قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الملك .

وأمّا إذا قلنا بأنّها تفيد الاباحة شرعاً مع قصد التمليك فيها ، فلا يمكن القول

---

(١) منية الطالب ١ : ١٦٧ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

بالاباحة في المقام لأنّها أمر على خلاف القاعدة يتوقّف ثبوتها على قيام سيرة أو إجماع، وتحقّقهما في المقام غير معلوم، لأنّه أمر نادر الاتّفاق وقلّ ما يتّفق أن يشتبه الودعي أو تطير الريح مال أحدهما إلى دار الآخر، هذا فيما إذا كانت المعاطاة مشتملة على إيصال ووصول وكانت عارية عن الإقباض والأخذ.

وأمّا القسم الرابع وهو ما إذا كانت عارية عن جميع ذلك ولم يكن فيها إيصال المالين إلى المتعاملين ولا إعطاء ولا تعاط فهل هي أيضاً داخلة تحت المعاطاة المشتملة على الأخذ من جانبين في جريان الأحكام المتقدّمة فيها أو لا ؟ وقد مثّل لها الشيخ[1] بما إذا تقاولا بلفظ غير معتبر شرعاً من دون وصول المالين إليهما بل هما باقيان على حالهما ومكانهما، وذكر أنّه بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملك تشملها أدلّة البيع من عموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره من الأدلّة، وأمّا إذا قلنا بافادتها الاباحة فالإشكال المتقدّم في القسم السابق هنا آكد، والوجه في آكدية الإشكال ظاهر، لأنّها إباحة شرعية غير مالكية يتوقّف ثبوتها على قيام سيرة أو إجماع، وقيامهما في هذا القسم من المعاطاة العارية عن الإيصال والوصول والقبض والأخذ معلوم العدم بخلاف القسم السابق الذي كان فيه الاعطاء من جانب واحد.

هذا، ولكنّا كلّما تأمّلنا فيما أفاده (قدّس الله نفسه) على تقدير إفادة الملك لم نفهم ما أراده، والمحشّون أيضاً لم يكتبوا عليها شيئاً ولا ندري أنّهم ماذا فهموا من عبارة الكتاب ولم يستشكلوا عليها في المقام، والوجه في عدم فهمنا أنّ الأمر في عبارته يدور بين احتمالين كلاهما لا يمكن الالتزام به، لأنّه إن أراد مجرّد المقاولة من دون إنشاء المعاملة بها كما إذا قال أحدهما سأبيعك داري وقال الآخر أنا أيضاً سأشتريه، فهذا لا يكون بيعاً حتّى يشمله عمومات أدلّة البيع أبداً، إذ لا عقد

(١) المكاسب ٣ : ٧٦.

ليشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولا بيع ليقال ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وهكذا .

وإن أراد بذلك إنشاء المعاملة بالألفاظ غير المعتبرة كما هو ظاهر قوله : « اللفظ غير المعتبر في العقد » من دون إيصال ولا أخذ ولا إقباض ، فهو من البيع الفاسد لا محالة ، فكيف يصحّ أن يقال إنّه يشمله عمومات أدلّة البيع مع فرض فساده ، فيكون شمول أدلّة البيع له وإمضاؤه بها من التناقض الظاهر .

فالمتحصّل أنّا لم نفهم مراده حقيقة ولا تصوير هذه الصورة من المعاطاة ، فلا نتصوّر منها إلّا الأقسام الثلاثة المتقدّمة المشتملة على الأخذ من جانبين ، والمشتملة على الأخذ من جانب واحد ، والعارية عن الأخذ والاعطاء المشتملة على الوصول والإيصال .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ لفظ المعاطاة لم ترد في آية ولا في رواية وإنّما نتبع تحقّق البيع ومفهومه وهو الاعتبار النفساني المبرز بشيء من الفعل أو القول سواء صدقت عليه المعاطاة أم لم تصدق ، وكذلك نلتزم بالاباحة في خصوص موارد قامت السيرة على الاباحة فيها .

التنبيه الثالث

في تميز البائع عن المشتري في باب المعاطاة . الشكّ في البائع والمشتري تارةً من جهة الشبهة المصداقية مع العلم بمفهوم كلّ واحد منهما وأنّ البائع هو من أعطى ماله بعنوان المعوّضية وكان نظره إلى حفظ مالية ماله برفع اليد عن خصوصية المال والمشتري هو من أعطى ماله بعنوان العوضية وكان نظره إلى خصوصية المال برفع اليد عن ماليّة ماله ، إلّا أنّ أحدهما اشتبه بالآخر ولا يعلم أنّ أيّهما أعطى ماله بعنوان العوضية وأيّهما أعطاه بعنوان المعوّضية .

وهذا الشكّ ممّا لا رافع له في المقام بوجه ، ولا يمكن إزالته بدعوى أنّ من

أعطى أوّلاً فهو بائع ومن أعطى ماله ثانياً فهو مشترٍ ، إذ ربما يعطي المشتري ماله أوّلاً إلى البائع وبعده يعطيه البائع المبيع .

ولو تداعيا فلابدّ من إثبات أنّه بائع أو مشترٍ ليترتّب آثار خصوص البائع أو المشتري عليه من إقامة البيّنة ، كما أنّ الاشتباه من تلك الجهة خارجة عن محطّ كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأُخرى من جهة الاشتباه في الصدق أي من أجل الشبهة المفهومية والشكّ في سعة المفهوم وضيقه ، فإنّا نعلم أنّ للبائع والمشتري أفراداً متيقّنة خارجاً وأفراداً مشكوكة يشكّ في صدقهما عليه .

وفي هذه الصورة إذا كان أحد المالين من العروض والآخر من النقود فدافع النقود هو المشتري ومعطي العروض هو البائع عرفاً ما لم يصرّح بالخلاف ، لأنّ دافعها يأخذ بماليتها ويرفع يده عن خصوصية المال ، كما أنّ دافع الأثمان يأخذ بخصوصية المال ويرفع يده عن مالية ماله .

وأمّا إذا كان المالان كلاهما من قبيل العروض أو كلاهما من قبيل النقود فإن كان غرض أحدهما متعلّقاً بمالية ما يأخذه بحيث يلاحظ فيما يأخذه بدليته عن النقود وكان غرض الآخر متعلّقاً بخصوصية ما يأخذه كان الأوّل بائعاً والثاني مشترياً ، فإذا دفع نصف أوقية من الشاي وأخذ نصف حقّة من القند الذي يسوى أربعين فلساً لكن لا بما أنّه شاي بل من جهة أنّ قيمته أربعون فلساً في مقابل القند الذي هو أيضاً يسوى أربعين فلساً ، فالمالك لما أعمل فيه عناية زائدة ولاحظ قيمته هو المشتري ، ومالك المال الذي لم يعمل فيه عناية ولم يلحظ قيمته من النقود بائع لدى العرف فيقال اشتريت كذا مقداراً من القند بكذا مقدار من الشاي ، ولا يصحّ أن يقال بعت كذا مقداراً من الشاي بكذا مقدار من القند .

وأمّا إذا تعلّق غرض كليهما بالمالية أو بالخصوصية فهناك احتمالات أربعة

احتملها شيخنا الأنصاري[١] وزاد عليها شيخنا الأُستاذ احتمالاً خامساً .

الاحتمال الأوّل الذي هو الصحيح المختار : أنّه معاملة مستقلّة خارجة عن البيع وغيره من المعاملات المعروفة . أمّا أنّه معاملة ومعاوضة فبالوجدان ، وأمّا أنّه ليس بيعاً فلما سيأتي .

الثاني : أنّه بيع وأنّ من دفع ماله أوّلاً هو البائع منهما ومن دفع ماله ثانياً يكون مشترياً . وفيه : أنّ المشتري كثيراً ما يعطي ماله أوّلاً وبعده يأخذ المال من البائع ولم ترد في آية ولا دليل أنّ من دفع كذلك يصير بائعاً .

الثالث : أنّه صلح . وفيه : أنّه إن أُريد كونه متعلّقاً للمصالحة وواقع التسالم فهو وإن كان كذلك لما ذكرناه في أوائل البيع إلّا أنّه لا يختصّ بالمقام ، بل الاجارة والبيع الحقيقي وغيرهما من المعاملات أيضاً متعلّقات للمصالحة لأنّ كلّ واحد منها وقع التسالم عليه . وإن أُريد أنّه صلح إنشائي وإنشاء للتسالم ففيه : أنّه لم ينشأ مصالحة ماله بمال الآخر أبداً فلا يكون صلحاً إنشائياً . نعم يوجد في مورده واقع المصالحة نظير الاجارة وغيرها من المعاملات .

الرابع : أنّ كلّ واحد منهما بائع ومشترٍ وأنّه معاملة بيعية . وفيه : أنّه إن أُريد بالبائع من بدّل ماله بمال آخر ، فهو يصدق في حقّ المشتري أيضاً في كلّ بيع لأنّه أيضاً بدّل ماله بمال الآخر ، كما أنّه إن أُريد بالمشتري مطلق من ترك شيئاً وأخذ شيئاً آخر فهو يصدق في حقّ البائع أيضاً في كلّ بيع ، وإن أُريد بالبائع من تعلّق غرضه بالمالية دون الخصوصية وبالمشتري من تعلّق غرضه بالخصوصية لم يصدق العنوانان على شخص واحد .

---

(١) المكاسب ٣ : ٧٨ .

وأمّا الاحتمال الذي ذكره شيخنا الأُستاذ(١) في المقام وقد نقلناه عنه في أوائل البيع(٢) أيضاً وتعجّبنا منه، فهو أنّ أحدهما لا بعينه بائع والآخر مشترٍ بلا تعيّن لهما لا واقعاً ولا ظاهراً. وهذا ممّا لم نفهمه فعلاً كما لم نفهمه حين البحث في درسه وذلك أوّلاً: أنّه لا معنى لكون أحدهما بائعاً بلا تعيّن أو لكون أحدهما مشترياً كذلك. وثانياً: أنّ نسبة المعاملة إلى كلّ واحد منهما على حدّ سواء فلا معنى لصيرورة أحدهما بائعاً والآخر مشترياً، وهل هذا إلّا من قبيل الترجّح بلا مرجّح لأنّ كليهما واجدان لما هو موجود في الآخر ومعه كيف صار هذا بائعاً دون الآخر.

فالمتحصّل من جميع ذلك أنّ المتعيّن من هذه الاحتمالات هو الاحتمال الأوّل الذي تقدّم وعرفت.

التنبيه الرابع

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) أنّ المعاطاة بحسب مقصود المتعاطيين يتصوّر على وجوه:

أحدها: أن يكون قصد كلّ واحد من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر وأن تكون المبادلة بين المالين فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملّكاً بازاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملّكه فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأُولى وقبضها، هذا.

ولا يخفى أنّ ما أفاده من أنّ المعاملة تحصل بالاعطاء من جانب واحد

(١) منية الطالب ١: ١٦٩.

(٢) في الصفحة ١١.

(٣) المكاسب ٣: ٨٠.

والأخذ من الجانب الآخر فيكون الاعطاء الثاني وفاءً لما التزمه على نفسه بأخذه لا مقوّماً للمعاطاة ، أجنبيّ عمّا نحن بصدده من بيان أقسام المعاملة المعاطاتية بحسب مقصود المتعاطيين ، وأمّا أنّها تحصل بأيّ شيء فقد مرّ في التنبيه الثاني ، إذ المعاملة اعتبار نفساني يحتاج إلى مبرز خارجي ولا مانع من جعل الاعطاء من جانب واحد مبرزاً له كما هو واضح إلّا أنّه غير مربوط بما نحن بصدده ، وكيف كان فهذا أعني قصد المبادلة بين المالين أحد الوجوه المتصوّرة في المعاطاة .

وثانيها : أن تكون المبادلة بين تمليك وتمليك لا بين مال ومال كما في الصورة الأُولى ، فالمقابلة بين فعلين وتمليكين لا المالين والملكين . واستشكل (قدّس سرّه) في كون هذه الصورة من المعاملات البيعية بأنّ البيع عبارة عن التبديل بين المالين لا التبديل بين فعلين وتمليكين ، فهذه خارجة عن البيع ، كما أنّها خارجة عن الهبة المشروطة ، لأنّ التمليك فيها يحصل بمجرد الهبة غاية الأمر أنّ الموهوب له إذا لم يف بشرطه يكون الواهب مختاراً بين أن يفسخ أو يمضيها ، وهذا بخلاف المقام فإنّ التمليك لا يحصل فيه إلّا بتمليك الآخر بحيث لو لم يملّك الآخر ماله له لا يصحّ تمليك الأوّل له فلا يكون من قبيل الهبة المشروطة ولا المعاملة البيعية ، وذكر أنّها مصالحة أو معاوضة مستقلّة .

وثالثها : أن يقصد الأوّل اباحة ماله بعوض فيقبلها الآخر بتمليك ماله له فيكون الصادر من الأوّل الاباحة ومن الثاني التمليك .

ورابعها : أن تكون المبادلة بين إباحة وإباحة ، كما إذا قصد إباحة ماله في مقابل إباحة الآخر ماله له ، فتكون المقابلة بين الاباحتين .

واستشكل في هذين القسمين من جهتين : إحداهما : صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على ملك المتصرف بأن يقول : أبحت لك كلّ تصرف من دون أن يملّكه العين . وثانيتهما : صحّة الاباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركّب من

إباحة وتمليك . ثمّ أطال الكلام في هذين الإشكالين .

أقول : أمّا الصورة الأُولى ممّا أفاده في المقام فهي الاباحة المصطلحة التي وقع الكلام في كونها مفيدة للاباحة أو الملك الجائز أو اللازم أو هي فاسدة لا يترتّب عليها شيء ، وقد عرفت المختار .

وأمّا الصورة الثانية : فهي غير معقولة جدّاً فضلاً من أن تكون مصالحة أو معاوضة مستقلّة ، وذلك لما مرّ في أوائل الكتاب(١) على نحو الاشارة من أنّ المراد بالمبادلة في البيع هو أن يكون أحد المالين في مقابل الآخر وعوضاً عنه وينوب منابه في عالم الاعتبار ، وهذا إنّما يتصوّر في الأُمور الموجودة خارجاً أو فيما هو فيه شائبة الوجود كما في الذمم ، وأمّا ما مضى وانعدم فلا يعقل أن يكون قائماً مقام مال الآخر بوجه ، وعليه فلا يعقل أن يكون تمليكه هذا في مقابل تمليك الآخر لأنّه بمجرد إنشاء التمليك حصلت الملكية وانعدم التمليك ، وما لا وجود له كيف يقع في مقابلة شيء آخر في عالم الملكية والاعتبار . هذا بحسب مقام الواقع والثبوت .

وأمّا بحسب مقام الدلالة والاثبات فلا يمكن إنشاؤه بمثل « ملّكتك الدار » بل لابدّ من وقوع عقد آخر على نفس التمليك كأن يقول « آجرتك على أن تملّكني دارك بازاء تمليكي البستان لك » . والحاصل أنّ جعل التمليك بازاء التمليك ممنوع ثبوتاً وإثباتاً فما يحتمل في هذا القسم أمران : أحدهما أن يكون التمليك مشروطاً بتمليك الثاني كالهبة المعوّضة .

ثانيهما : أن يكون تمليك الأوّل بداعي تمليك الآخر فتخلّفه لا يوجب الخيار أيضاً ، وعلى أيّ تقدير لابدّ وأن يكون الفرض خارجاً عن باب المعاوضات رأساً .

وأمّا احتمال كونه مصالحة فمدفوع بما تقدّم من أنّ الصلح عبارة عن إنشاء

---

(١) في الصفحة ١٧ .

التسالم ، وأمّا واقعه فمتحقّق في ضمن كلّ عقد .

وممّا ذكرناه في المقام يظهر الحال في القسمين الأخيرين وأنّ الاباحة في مقابلة التمليك أو في مقابلة الاباحة غير معقول ، وإنّما المعقول أحد اُمور ثلاثة ، أحدها : أن يبيح ماله بداعي تمليك الآخر له أو بداعي إباحة الآخر . وثانيها : أن يبيح ماله مشروطاً بتمليك الآخر أو إباحته ، فيجب على الآخر بعد قبوله العمل بالشرط بناءً على شمول قوله (صلّى الله عليه وآله) : « المؤمنون عند شروطهم » لمثل المقام وأمّا على الوجه الأوّل فلا يجب على الآخر التمليك أو الاباحة .

وثالثها : أن يعلّق إباحته على إباحة الآخر أو تمليكه ، وهذا صحيح ، فإنّ التعليق إنّما يكون مفسداً في التمليك لا الاباحة ، فتكون الاباحة ثابتة لمن يملّك ماله أو يبيحه له ، فيكون موضوع الاباحة مقيّداً بذلك لا يدخل فيه من لا يفعل ذلك وهذا نظير الحمّامي ، فإنّه يبيح التصرف لكل من يضع الفلوس في الدخل .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) تكلّم في المناقشتين الواردتين على القسمين الأخيرين وأنّ إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك صحيحة أو أنّها غير مشروعة ، وأنّ الاباحة بالعوض المركّبة من إباحة وتمليك ممضاة في الشريعة المقدّسة أو غير ممضاة وذكر أنّ إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك غير جائزة ، لأنّ المالك لا يمكنه أن يرخّص فيما لم يرخّص فيه الشارع بوجه ، لأنّ إذنه ليس مشرّعاً وإنّما يمضي فيما يجوز شرعاً . نعم يصحّ ذلك بأحد وجوه كلّها منتفية في المقام :

أحدها : أن يقصد المبيح بإباحته إنشاء توكيل المخاطب في بيع ماله ثمّ نقل ثمنه إلى نفسه ، أو في نقل ماله إلى نفسه ثمّ بيعه لنفسه ، أو أن يقصد التمليك بلفظة أبحت فيكون قوله ذلك تمليكاً للآخر واقعاً غاية ما هناك أنّه إنشاء التمليك بصيغة أبحت ويكون تصرف الآخر بمنزلة القبول ، فيكون داخلاً في النزاع الآتي في أنّ إيقاع التمليك بالألفاظ المجازية صحيح أو أنّه باطل ، وهذا منتف في المقام إذ المفروض أنّه

يقصد إباحة ماله لا التوكيل ولا التمليك ، وعليه فلا يكون المقام من قبيل اعتق عبدك عنّي في الدلالة على التمليك بالدلالة الاقتضائية التي هي عبارة عن دلالة الكلام على أمر مقصود للمتكلّم يتوقّف صحّة كلامه عليه عقلاً أو شرعاً ، وقد مثّلوا في الكتب الأُصولية للعقلي بقوله تعالى ﴿وَاسْأَلْ الْقَرْيَةَ﴾[1] فإنّ سؤال القرية غير ممكن عقلاً فيدلّ ذلك على إرادة الأهل لا محالة ، وللشرعي بهذا المثال وهو قوله : أعتق عبدك عنّي ، إلّا أنّ المقام خارج عن ذلك لعدم قصد المتعاملين التمليك وإنّما المفروض أنّه قصد إباحة ماله فقط .

وثانيها : أن يدلّ دليل شرعي على صحّة إباحة جميع التصرفات فإنّه بمقتضى الجمع العرفي بينه وبين ما دلّ على عدم جواز بعض التصرفات لغير المالك يدلّ على حصول الملك للمتصرف عند إرادة التصرف آناً ما فيقع التصرف في ملكه أو على ملك الثمن بعد التصرف بلا فصل ، أو يكون ذلك الدليل تخصيصاً للأدلّة الدالّة على اشتراط الملك في التصرفات المتوقّفة على الملك ، وهذا الوجه الأخير وهو كون الدليل مخصّصاً لم يذكره الشيخ في المتن وإنّما احتملناه نحن فنبني بعده على عدم اشتراط التصرفات بالملك ، وهذا أيضاً مفقود في المقام إذ لم يدلّ دليل شرعي خاصّ على صحّة إباحة التصرفات عند قوله أبحت ، ولا يصحّ الاستدلال على ذلك بعموم قوله (عليه السلام) « الناس مسلّطون » الخ[2] ما لم يرد دليل خاصّ على صحّة تلك الاباحة ، لما ذكرناه وذكره الشيخ من أنّ معنى الحديث أنّ الناس مسلّطون على أموالهم لا أنّهم مسلّطون على أحكامهم ، هذا كلّه مع الاغماض عمّا في سنده من الضعف .

---

(١) يوسف ١٢ : ٨٢ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

وثالثها الذي ذكره في أواخر كلامه : أن يكون التصرف كاشفاً عن ثبوت الملك له واقعاً بحيث يقع تصرفه ذلك في ملكه ، وهذا نظير بيع الواهب ما وهبه للآخر أو عتقه فيما إذا كان الموهوب عبداً ، فإنّ بيعه ذلك أو عتقه كاشف عن رجوعه في هبته ووقوع تصرّفاته في ملكه ، وقد سمّى ذلك بالملك التحقيقي والقسم الثاني بالملك التقديري ، ولكنّه أيضاً غير موجود في المقام ، لأنّ التصرف فيما أباحه المبيح لا يكشف عن سبق سبب الملك وهو واضح . هذا ملخّص ما أفاده في المقام ولابدّ لنا من بيان كيفية توقّف التصرفات على الملك .

فنقول : إن الكلام فيها من جهتين :

الجهة الأولى : في التصرّف من حيث صدوره من المالك ، وتوضيحه أنّه من هذه الجهة على ثلاثة أقسام :

أحدها : التصرفات التي دلّ الدليل على جواز صدورها عن المالك فقط ولا تقبل الوكالة والنيابة وهذا نظير الوطي وغيره من التصرفات الخارجية فانّه دلّ قوله تعالى **﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾**(١) الآية ، وغيره من الأخبار على اختصاص جواز صدور الوطي بالمالك أو الزوج ، ففي مثله لا يجوز التصرف لغيرهما بالإذن والاباحة ، لأنّ غير المالك لا يصير مالكاً بهما .

وتوهّم الاستدلال لحلّ أمثال ذلك من التصرفات بعموم « الناس مسلّطون » الخ(٢) مندفع بما عرفت من المناقشة في دلالته وسنده . نعم قد ورد على عموم ذلك في الوطي تخصيص وهو التحليل بالصيغة الخاصّة فلذا صار موارد جواز الوطي

---

(١) المؤمنون ٢٣ : ٥ ـ ٦ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

ثلاثة : النكاح والملك والتحليل .

ثانيها : التصرفات التي دلّ الدليل على اعتبار صدورها من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب أي بنفسه أو بوكيله ، وهذا كالعتق والابراء وغيرهما من الايقاعات نظير الطلاق في اختصاص صدوره بالزوج لقوله (عليه السلام) « الطلاق بيد من أخذ بالسّاق »[١] وإن كان خارجاً عن المقام إذ لا ملك ولا مالك في الطلاق إلّا أنه كما يختص بالزوج أو بمن وكّله في طلاق زوجته لأنّ الوكيل كالموكّل وفعله فعله وكأنّه آلة له والطلاق يصدر من الزوج بسبب الوكيل ، كذلك الحال في غيره من الايقاعات نظير العتق والابراء فانّها لابدّ وأن يصدرا من المالك فقط ولا يكفي في صحّتها إذن المالك أو طيب نفسه مع صدورهما من الغير إلّا أن يكون المنشئ وكيلاً من قبله فانّ الأُمور الاعتبارية تقبل الوكالة .

ثالثها : التصرفات التي يصحّ أن تصدر من المالك ووكيله ونائبه وممّن أذن له قبلها أو بعدها أو مقارناً لها ، وهذا كالبيع وغيره من المعاملات فانّها لا تختصّ بالمالك فقط وتصحّ فيما إذا صدرت من الغير أيضاً ، لعدم اعتبار أن يكون المنشئ للبيع خصوص نفس المالك ، وبهذا صحّحنا البيع الصادر من الفضولي وقلنا إنّا استفدنا من أدلّة البيع اشتراط البيع برضا المالك وإذنه مطلقاً لاحقاً أو مقارناً أو سابقاً على العقد ، ولا دليل على اشتراط مقارنة الاذن للعقد في صحّة المعاملات هذا كلّه في الجهة الأُولى من الكلام .

الجهة الثانية : في بيان التصرّفات من جهة اعتبار وقوعها للمالك بحيث ترجع نتيجته إليه مع قطع النظر عمّن صدرت منه وهي كالبيع ونحوه ، فانّ مفهوم المبادلة بنفسه يقتضي دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض وبالعكس وإلّا

---

(١) المستدرك ١٥ : ٣٠٦ / كتاب الطلاق أبواب مقدّماته وشرائطه ب ٢٥ ح ٣ .

فلا تتحقّق المبادلة في عالم الملكية والاعتبار ، سواء كان المنشئ هو نفس المالك أو غيره ، وهو لا يقع إلّا للمالكين ولا يقع للغير ولو بتصريح المالك بوقوعه للغير كما إذا صرّح بقوله : بع مالي لنفسك .

ثم إنّ الدليل الدالّ على اعتبار وقوعها للمالك تارة يكون عقلياً وأُخرى دليلاً شرعياً .

أمّا الأوّل فكالبيع فانّ نفس المبادلة ومفهومها يتوقف عقلاً على دخول كل واحد من المالين في ملك مالك الآخر وإلّا فلا تتحقّق المبادلة كما هو ظاهر . وفي مثل ذلك إذا قام دليل خارجي على خلافه كما في شراء العمودين والمحارم فانّها لا تدخل في ملك الابن المشتري ، فلابدّ في مثله من الالتزام بحصول الملك آناً ما في حق المشتري ثم انعتاقها عليه قهراً لأجل الجمع بين ذلك الدليل العقلي والدليل الدالّ على صحّة شراء العمودين والمحارم وما دلّ على أنّ الانسان لا يملك عموديه ولا محارمه ، إلّا أنّ هذا الملك ملك حقيقي غاية الأمر أنّ مدّته قصيرة لا يقبل غير العتق لما عرفت ، فلا وجه لتسمية ذلك بالملك التقديري كما وقع ذلك في كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) كما أنّه لا فرق بين الملك في المقام وبينه في بيع الواهب للمال الموهوب فلا وجه للتفرقة بينهما وتسمية الملك في بيع الواهب بالملك الحقيقي كما صرّح به[1] وتسمية الملك في المقام بالملك التقديري .

وهذا الذي ذكرناه من الالتزام بالملك آناً ما جمعاً بين الأدلّة لا يختص بالبيع ويجري في مثل ما إذا انتقل أحد محارمه إليه بالارث أو بالهبة فانّه أيضاً يملكه آناً ما فينعتق عليه قهراً .

وأمّا الثاني فكالعتق فانّه لا مانع عقلاً من أن يقع لغير المالك بوجه ، إلّا أنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ٨٨ .

الروايات تطابقت على أنه لا عتق إلّا في ملك ، فدليل وقوع العتق للمالك دليل شرعي وفي مثل ذلك إذا قام دليل شرعي آخر على أن العتق في المورد الفلاني يقع لغير المالك أيضاً كما وقع ذلك في خصوص عتق الولد عبده عن والده والتزم به في المسالك[1] أيضاً ، لا وجه للالتزام بالملك آناً ما ، بل نلتزم بالتخصيص وأنّ العتق يقع للمالك دائماً إلّا في المورد الفلاني ، إذ لا مانع من التخصيص في الأحكام الشرعية .

وهذا لا يقاس بما إذا كان دليل وقوعه للمالك عقلياً ، فانّ الالتزام بالملك التقديري أو التحقيقي حينئذ من جهة أنّ الحكم العقلي غير قابل للتخصيص كما هو واضح ، وأمّا في المقام فبما أنّ دليل ذلك شرعي فأيّ مانع من أن نلتزم بالتخصيص هذا كلّه في كبريات المسألة .

بقي الكلام في بعض صغرياتها : منها : ما إذا قال المالك لغيره اعتق عبدي عنك ، فإنّه يكون مورداً لكلتا الجهتين ، فمن حيث اعتبار كون العتق فعل المالك لابدّ وأن يكون الأمر بالعتق توكيلاً أو تمليكاً ، وإلّا فلا يكون المعتق هو المالك ، وأمّا من الجهة الثانية فلا يكفي التوكيل بناءً على اعتبار وقوع العتق عن المالك ، فلابدّ في صحّته من أن يكون الأمر بالعتق تمليكاً للمخاطب ، وإلّا فلا يكون العتق عن المالك .

ومنها : ما لو قال اعتق عبدي عنّي ، ولا تجري فيه إلّا الجهة الأُولى ، فلابدّ من الالتزام فيه بالتوكيل ليكون العتق فعل المالك .

ومنها : ما لو قال اعتق عبدك عنّي ، والكلام فيه يكون من الجهة الثانية فقط فإنّ العتق على أي تقدير يكون فعل المالك ، فإن جوّزنا العتق عن غير المالك جاز

---

(١) لاحظ المسالك ١٠ : ٥٥ ـ ٥٧ ، ٣١٨ .

ذلك من دون حاجة إلى حمله على استدعاء التمليك ، وإلّا فلابدّ وأن يكون السؤال استدعاء له والعتق جواباً كما أفاده الشيخ (قدّس سرّه)[١].

فتحصّل من جميع ما تقدّم أنّ البيع ونحوه من الجهة الأُولى يعتبر فيه أن يكون منتسباً إلى المالك ليصدق عليه عنوان التجارة عن تراض ، ويحصل ذلك بالرضا اللاحق فضلاً عن الاذن والاباحة السابقة . وأمّا من الجهة الثانية فالعقل يستقلّ باعتبار كونه عن المالك كما عرفت ، فإذا ثبت خلافه في مورد كما في شراء العمودين وانعتاقهما مع خروج الثمن عن كيس الولد فلا محيص من الالتزام بالملك آناً ما ، وهو ملك حقيقي ، لاستحالة تخصيص الحكم العقلي .

وأمّا الوطء فالمستفاد من الآية توقّفه على الملك ، ولا يجوز لغير المالك إلّا بالتحليل بصيغة خاصّة ، ولا مانع من التخصيص فيه ، لأنّ التوقّف شرعي .

وأمّا العتق ونحوه من الايقاعات فإن ثبت إجماع على توقّفه على الملك واعتبار كون المعتق مالكاً مباشرة أو تسبيباً فهو ، وإلّا فقوله (عليه السلام) « لا عتق إلّا فيما يملك »[٢] لا يستفاد منه ذلك ، كما لا يستظهر من قوله (عليه السلام) « لا بيع إلّا في ملك »[٣]، فإنّهما ناظرة إلى نفي العتق والبيع قبل الملك ، مثل قوله (عليه السلام) « لا طلاق قبل النكاح »[٤]، فالمرجع حينئذ عمومات العتق و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٥] لشموله الايقاع أيضاً وهكذا في الطلاق .

ثمّ لو تنزّلنا وسلّمنا دلالته على اعتبار كون المعتق مالكاً فمن الجهة الثانية لا

---

(١) المكاسب ٣ : ٨٣ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ١٥ / كتاب العتق ب ٥ .

(٣) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١ ح ٣ .

(٤) المستدرك ١٥ : ٢٩٢ / كتاب الطلاق ، أبواب مقدّماته وشرائطه ب ١٢ .

(٥) المائدة ٥ : ١ .

ينبغي الشكّ في عدم دلالته على اعتبار كون العتق عن المالك ، فيصحّ العتق عن غيره ويثاب عليه .

وينبغي التنبيه على أمرين : أحدهما : أنه إذا قلنا بصحّة وقوع العتق لغير المالك هل يسقط بعتق المالك عبده عن الغير ما في ذمة ذلك الغير من التكليف كوجوب العتق الثابت عليه كفّارة أو نذراً أو لا يسقط به ذلك وإنما يقع له ويثاب بعتق المالك عبده عنه ؟ ظاهر كلمات شيخنا الأُستاذ(١) والسيد اليزدي (قدّس سرّه)(٢) تسلّم ذلك وأنه يسقط به ما في ذمّته من التكليف ، ولكن التحقيق أنّ سقوط وجوب العتق عن ذمته بفعل الغير يحتاج إلى دليل وهو مفقود كما ذكرناه في مبحث التعبّدي والتوصّلي(٣) من أنّ سقوط تكليف أحد بفعل الغير يحتاج إلى دليل وإلّا فظاهر كل تكليف وجوب إتيان نفس المكلف به وإنه لا يسقط إلّا بفعله لا بفعل الغير ، فالعتق عن الغير وان كان صحيحاً إلّا انه لا يسقط الوجوب عن ذمته .

وأمّا ما استدلّ به السيّد (قدّس سرّه) ـ من فحوى قوله : « دَين الله أحق أن يقضى »(٤) حيث طبّق الإمام (عليه السلام) الدَين على قضاء الفوائت ثمّ أمر بقضائه .

ففيه أوّلاً : أنّ تلك الرواية ضعيفة السند . وثانياً : أنّ مفادها حكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على موردها ، وهو أداء الدَين القربي عن الميّت لا عن الحي .

---

(١) منية الطالب ١ : ١٧٣ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٧٩ .

(٣) محاضرات في أُصول الفقه ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٣) : ٤٩٥ .

(٤) سنن النسائي ٥ : ١١٨ .

وثانيهما : أنه إذا قلنا بصحة وقوع العتق عن غير المالك فهل الأمر بالعتق يوجب الضمان أم لا ؟ أمّا إذا قصد المالك التبرّع أو أقام الآمر قرينة على المجّانية فلا إشكال في عدم الضمان ، لأنّ المالك أتلف ماله مجّاناً ، وإلّا فان ذكر قيمة للعبد في كلامه كما إذا قال : أعتق عبدك عنّي بمائة فأعتقه فيلزمه أداء ما عيّنه ، زاد عن قيمة مثله أو نقص، لأنّ المالك رضي به فلذا أعتقه حسب الفرض ، وأمّا إذا لم يعيّن شيئاً ولم يكن هناك قرينة على إرادة المجانية فيلزمه أداء قيمة مثله ، لأنّ مال المسلم وعمله محترم كما هو الحال في جميع الموارد التي أمر فيها الآخر بشيء كما إذا قال : احلق رأسي أو أعط للفقير قرصين من الخبز فانّه يجب عليه قيمة مثله فيما إذا لم يظهر عليه أمارة المجّانية. فالعبد إنما يتلف من مال مالكه ولكن يضمنه الآمر، لا أنّ العبد يدخل في ملك الآمر ويخرج منه كما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] هذا .

بقي الكلام في أمثلة أُخرى للتصرفات المتوقفة على الملك التي تعرّض لها الشيخ وهي ثمن الهدي والزكاة والخمس .

أمّا ثمن الهدي فقد ذكر أنّه لابدّ وأن يكون من مال من وجب عليه الهدي فلا يجزي المال المباح له في ثمن الهدي مثلاً، ثم نقل كلاماً عن الشهيد من أنّه قال : إنّ المال المأخوذ بالمعاطاة لا يخرج في الزكاة والخمس وثمن الهدي الخ .

ولا يخفى أنّ نقل كلام الشهيد في المقام غير مناسب جدّاً ولم يكن مترقّباً من الشيخ (قدّس سرّه) وذلك لأنه إنما منع عن المال الذي قصد المتعاطيان التمليك بالمعاطاة والشارع رغماً لأنفهما حكم بالاباحة الشرعية فمنع عن وقوع مثله ثمناً للهدي الواجب ، والمقام خارج عن ذلك لأن الكلام فيه إنما هو في المعاطاة التي قصد بها المتعاطيان الاباحة وكانت الاباحة مالكية لا شرعية ، وأيّ مانع من وقوع مثله

---

(١) منية الطالب ١ : ١٧٣ .

ثمناً كما سيأتي . نعم المال المباح بالاباحة الشرعية لا يمكن فيه ذلك ، لأنه تابع للاحظة مقدار ما قامت عليه السيرة بين المتشرعين والعقلاء كما مرّ توضيحه سابقاً .

والحاصل : أنّ الشهيد (قدّس سرّه) إنّما منع عن حصول إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك بالمعاطاة المقصود بها الملك بعد الفراغ عن صحّة التصرف لو فرض حصول الاباحة بها ، وكلامنا في صحّة التصرف بعد الفراغ عن تعلّق الاباحة به ، فهما متعاكسان .

ثم إنّا لم نجد دليلاً على وجوب كون الثمن ملكاً لمن وجب عليه الهدي ، لأنّ غاية ما ثبت هناك وجوب سوق الهدي في القران وذبحه في التمتع وأمّا أنه من مال أيّ شخص فلا دليل على تعيينه كما هو ظاهر لو لم نقل بقيام الدليل على جواز كونه من مال الغير ، وذلك لأنّ من بذل له الزاد والراحلة الذي يحتاج إلى الهدي مثلاً إنما يشتريه بذلك المال المبذول له وحجّه صحيح بلا كلام وهو نظير المهر في الزواج لأن وجوده شرط في صحّته من دون فرق بين أن يكون ملكاً للزوج أو لغيره وقد أباحه له ، هذا .

مضافاً إلى أنّه لا يعقل إخراج ثمن الهدي من مال الغير ، وذلك أنّ الهدي قد يشتريه من وجب عليه بالثمن الكلّي في ذمته ثم يؤدّيه من المال المباح له وعليه يكون الثمن مال نفسه وإنّما أوفاه من مال الغير ولا إشكال في صحّته ، إذ لا مانع من أداء الدَين من مال الغير باذنه وإباحته ، وقد يشتريه بشخص مال الغير المباح له فان قصد الشراء للمالك المبيح فالهدي بنفسه يكون ملكاً للمبيح ولا مانع منه أيضاً لما ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار كون الهدي ملكاً لمن وجب عليه ، وإن قصد الشراء لنفسه فهو وإن كان يأتي فيه إشكال المبادلة من أنّ مفهومها يقتضي عقلاً أن يكون المعوّض داخلاً في ملك من خرج عنه العوض فكيف يعقل أن يكون الهدي ملكاً له مع كون العوض ملكاً للمبيح ، إلّا أنّ هذا الاشكال لا يختصّ بثمن الهدي

حينئذ ويأتي في جميع البيوع إذا كان المعوّض فيها داخلاً في ملك من لم يخرج منه العوض كما هو ظاهر، فلا وجه لتخصيص ثمن الهدي بالذكر ، وكيف كان فلم نفهم الوجه في الاستشكال في ثمن الهدي ، هذا كلّه في ثمن الهدي .

وأمّا الزكاة والخمس فان قلنا بتعلّقهما بالأعيان الشخصية بماليتها ، فوجه عدم صحة دفع الغير لهما عمّن وجبا عليه ظاهر ، لأن حق الامام والفقراء إنما تعلّق بذلك العين الخارجية فجواز تبديلها بشيء آخر يحتاج إلى دليل وهو مفقود ، نعم للمالك أن يبدلها لأنه الشريك الأعظم كما في الروايات[1] وأمّا غيره فلا .

وأمّا إذا قلنا بتعلّقهما بالذمم دون الأعيان الخارجية فهما في هذه الصورة وإن كانا دَيناً إلّا أنّهما لمّا كانا من الواجبات القربيّة كان سقوطهما بفعل الغير محتاجاً إلى الدليل وهو مفقود في المقام ، هذا كلّه فيما إذا كان المخرج للزكاة والخمس من مال نفسه شخصاً آخر غير المالك الذي وجب عليه الخمس والزكاة .

وأمّا إذا كان الدافع لهما نفس المالك ولكن لا من مال نفسه بل من مال آخر أباحه له مالكه ، فهل يجزي ذلك عمّا وجب عليه من الخمس والزكاة أو لا ؟ إن قلنا بتعلّقهما بالذّمم فيكونان دَيناً على المالك حينئذ ولا مانع له من أن يؤدّي دَينه بمال شخص آخر كما هو ظاهر ، والمفروض أنه يدفعه بقصد القربة فيبرأ بذلك ذمّته .

وأمّا إذا قلنا بتعلّقهما بالأعيان الخارجية فدفعه المال المباح عوضاً عن حصة الفقراء والامام تبديل يحتاج إلى دليل وهو مفقود ، وتوضيحه : أنّ المالك بتبديله ذلك إن قصد التبديل لمالك المال المباح بأن يريد المالك دفع مال المبيح للفقراء والامام (عليه السلام) ويعوّضه بحصة الفقراء والامام ويقيمه مقامهما ، فهذا تبديل لا دليل عليه ، لأنّ المالك وإن جاز له تبديل حقوق الفقراء أو الامام بمال آخر إلّا أنّه

(١) ورد بهذا المضمون في الوسائل ٩ : ١٢٩ / أبواب زكاة الأنعام ب ١٤ .

مختصّ بما إذا أراد تبديله بمال نفسه ولا يشمل ما إذا أراد تبديله بمال غيره ، وإن أراد تبديل حصّة الفقراء والامام لنفسه بمال الغير المباح له فيأتي فيه إشكال المبادلة من أنّ نفس مفهومها يحتاج عقلاً إلى دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض فكيف يعقل دخول حصّتهم في ملك المالك في مقابل مال الآخر نظير الاشكال المتقدّم في قوله: بع مالي لنفسك ، فراجع .

ثمّ إنّ الشيخ(١) عدّ من موارد الملك التقديري دية الميت فيما إذا قتله أحد خطأً أو عمداً فصولح بالدية فانّها تنتقل إلى ورثة الميت عن الميت ، وفيها أيضاً لابدّ من تقدير كونها ملكاً للميت آناً ما ثم انتقالها منه إلى ورثته . وكذا الحال في الديّات المنتقلة إلى الميّت كما إذا قطع أحد يد الميت أو أذنه أو رجله فإنّ ديتها تصل إلى الميت ثم تنتقل منه إلى ورثته ، فلابدّ من تقدير كونها ملكاً للميت آناً ما حتى تنتقل منه إلى الورثة ، هذا .

ولا يخفى أنّ الحاجة إلى الالتزام بملك الميّت آناً ما إنما هي فيما إذا قام دليل على أن الوارث يتلقّى الدية من الميّت كما هو ظاهر جملة من الروايات ، ومع قيامه فلابدّ من الالتزام بالملكية الحقيقية للميت آناً ما لا التقديرية لعدم ترتّب الأثر عليها وأمّا إذا قلنا بأنّ الوارث يملك الدية ابتداء كما يستظهر من قوله تعالى: **﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾**(٢) فلا حاجة حينئذ إلى الملك التحقيقي ولا التقديري أبداً ، هذا تمام الكلام في الاشكال الأوّل من الاشكالين اللذين ذكرهما الشيخ في القسمين الأخيرين من المعاطاة .

وأمّا الإشكال الثاني وهو صحّة الاباحة بالعوض الراجعة إلى العقد المركّب

---

(١) المكاسب ٣ : ٨٨.

(٢) النساء ٤ : ٩٢.

من الاباحة والتمليك فلابدّ من التكلّم في صحّته أوّلاً ثمّ في لزومه أو جوازه . ذهب الشيخ (رحمه الله) إلى الصحّة واللزوم من الجانبين . أمّا الصحّة فإمّا لأجل أنّه نوع من الصلح أو لكفاية عموم « الناس مسلّطون على أموالهم » و « المؤمنون عند شروطهم » . وأمّا اللزوم فلعموم « المؤمنون عند شروطهم » .

والتحقيق أنّ التمليك والاباحة قد يقعان مورداً لعقد آخر كالصلح أو الاجارة أو البيع ، كما إذا تصالحا على الاباحة والتمليك وأنشآه بعنوان الصلح ، أو استأجر كلّ منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحدهما شيئاً وجعل ثمنه الاباحة ، وقد تنشأ الاباحة في مقابل التمليك من دون تعلّق عقد بها .

أمّا الفرض الأول فلا إشكال في صحّته ، فيجب على كلّ منهما العمل بما التزم به ويملك كلّ منهما ذلك على الآخر ، نعم ، الاباحة من طرف المبيح إنّما تجب تكليفاً ولا تلزم وضعاً ، فله الرجوع متى شاء ، بخلاف التمليك على الطرف الآخر ، وعليه فإن أباح المبيح وكان مورد العقد الاباحة في الجملة لا يجوز للمملّك الرجوع ، لأنّه من أكل المال بالباطل ، وأمّا إذا لم يبح أو كان مورد العقد الاباحة المستمرّة كما هو الظاهر ورجع في الأثناء ثبت للمملّك خيار تخلّف الشرط .

وأمّا الفرض الثاني أعني إنشاء الاباحة والتمليك من دون تعلّق عقد بهما فقد عرفت خروجه عن المعاوضات المالية ، وإنّما هو إباحة مشروطة بالتمليك أو معلّقة عليه ، ولكنّه مع ذلك صحيح على القاعدة ، ويؤيّده قوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم » ، فإنّ مقتضاه تسلّط المالك على إباحة ماله للغير مشروطاً أو معلّقاً ، وأمّا من حيث اللزوم والجواز فإن كانت الاباحة مشروطة أي فعلية غير معلّقة على التمليك ، وإنّما شرط التمليك على المباح له في ضمنها ، جاز للمبيح الرجوع عن إباحته متى ما أراد ، ولكن ليس للمملّك الرجوع ابتداءً ، لأنّ تمليكه لم يكن هبة مجّانية كي تكون جائزة ، بل كان في مقابل الاباحة ، فهو هبة معوّضة لازمة ، نعم ، لو

رجع المبيح عن اباحته فلا يبعد جواز رجوع المملّك لتخلّف الشرط .

وإن كانت الاباحة ـ شخصية أو نوعية ـ معلّقة بأن تكون فعليتها منوطة بالتمليك من دون أن يجب التمليك على الطرف الآخر لعدم اشتراطه والتزامه به فيجوز للمملّك أيضاً الرجوع ابتداءً ، لأنّ تمليكه كان هبة مجّانية جائزة ، إلّا إذا كانت لذي رحم ، فتكون لازمة لا يجوز له الرجوع إلّا إذا رجع المبيح ، فيثبت له خيار تخلّف الشرط ، ولا ينافيه إطلاق ما دلّ على لزوم الهبة لذي رحم ، فإنّه ناظر إلى لزومها من حيث كونها هبة ، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة أُخرى .

التنبيه الخامس

في جريان المعاطاة في غير البيع وعدمه . هل المعاطاة تختص بالمعاملات البيعية أو أنّها تجري في جميع العقود والايقاعات . قد يقال باختصاص المعاطاة بالبيع وعدم جريانها في غيره من العقود فضلاً عن الايقاعات ، لتوهّم انحصار دليل صحّتها بالاجماع والسيرة ، وهي غير ثابتة إلّا في البيع ، ولكن المحقّق على ما حكى عنه الشيخ (قدّس سرّه) استظهر جريانها في الاجارة من كلام بعض الأصحاب حيث ذكر أنّه إذا أمره بعمل على عوض معيّن فعمله استحق الأُجرة على عمله ، ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق أُجرة مع علمه بالفساد ، فمنه يظهر أنّ المعاطاة تجري في الاجارة أيضاً ، وكذا لو وهب بغير عقد ، فإنّ ظاهرهم جواز الاتلاف ، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ، هذا .

ولا يخفى أنّ ضمان الآمر لما عيّنه من العوض أو لأُجرة المثل فيما إذا لم يعيّن عوضاً إنّما هو من جهة حرمة فعل المسلم ولا ربط له بالاجارة ولا بالمعاطاة على ما تقدّمت الاشارة إليه ، فلا وجه للاستشهاد بذلك الكلام على جريان المعاطاة في الاجارة أبداً ، ولازم جريان المعاطاة في الاجارة أن يكون المأمور مستحقاً للاجرة

قبل العمل ويكون الآمر مستحقاً للعمل منه كذلك ، وفيما ذكره من الكلام إنما يستحق المأمور الاجرة بعد العمل لا قبله .

والذي ينبغي أن يقال هو أنّه إن قلنا بتقوّم العقود مفهوماً باللفظ ، فعدم جريان المعاطاة في العقود والايقاعات على وفق القاعدة ومما لا ينبغي الاشكال فيه ، وغاية ما هناك أنّا خرجنا عمّا تقتضيه القاعدة في خصوص البيع وبنينا على جريان المعاطاة وإفادتها الملك أو الاباحة الشرعية فيه لأجل قيام السيرة عليه .

وأمّا إذا لم نقل بذلك كما هو الصحيح وقلنا بإمكان إنشاء جميع الأُمور الانشائية من العقود والايقاعات وغيرها بغير اللفظ ، لما عرفت من أنّ الانشاء عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بمبرز ما سواء كان قولاً أو فعلاً فمن الواضح صدق عناوين العقود والايقاعات على الاعتبارات المبرزة بالفعل كالقول ، وعليه تصحّ المعاطاة بكلّ فعل مبرز للاعتبار النفساني لا خصوص العطاء الخارجي وتشملها الأدلّة العامّة والخاصّة ، ويكون مقتضى القاعدة فيها الصحّة واللزوم ، ولا يرفع اليد عن ذلك إلّا بدليل شرعي من إجماع أو غيره دالّ على عدم اللزوم أو عدم الملك ، فيقتصر حينئذ في الاباحة الشرعية على القدر المتيقّن ، وقد خرجنا عن مقتضى القاعدة في موردين اعتبرنا فيهما اللفظ للدليل الخاصّ وهما النكاح والطلاق ، واعتبار اللفظ في الثاني أظهر .

وبما بيّنا ظهر فساد توجيه عدم جريان المعاطاة في النكاح بتقوّم مفهومه باللفظ ، إذ لا فرق بينه وبين سائر العقود من هذه الجهة ، كما ظهر فساد توجيه المحقّق النائيني[1] من أنّ النكاح والسفاح متقابلان ، فإنّ الوطء قبل إيجاد علقة الزوجية يكون مصداقاً للزنا ، فكيف يتحقّق به مضادّه وهو النكاح ، إذ فيه أوّلاً : أنّه أخصّ

---

(١) منية الطالب ١ : ١٨٩ .

من المدّعى ، لأنّه إنّما يقتضي عدم تحقّق النكاح بخصوص الوطء ولا يقتضي عدم تحقّقه بسائر الأفعال ، وقد ذكرنا أنّ المراد بالمعاطاة هو العقد المنشأ بالفعل مطلقاً ولم نعتبر فيها فعلاً خاصّاً ، فيمكن إبراز النكاح بفعل آخر غير الوطء من إشارة أو كتابة أو نحوهما . وثانياً : أنّ تقابل النكاح والسفاح ليس من جهة اعتبار اللفظ في مفهوم النكاح ، وإنّما هو من جهة أنّ النكاح عبارة عن الوطء عن استحقاق شرعي باختلاف الشرائع والسفاح عبارة عن الوطء بغير استحقاق ، ومن الظاهر أنّ الوطء المبرز لاعتبار العلقة الزوجية ليس وطئاً عن غير استحقاق ، فلا يكون مصداقاً للزنا . هذا كلّه مع قطع النظر عن الأدلّة الشرعية وأمّا بحسب الأدلّة الشرعية فظاهر قوله تعالى : ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ﴾[1] عرفاً اختصاص حلّ الوطء بما إذا تأخّر عن الزوجية إلّا أنّ هذا حكم شرعي لا ربط له بمعقولية تحقّق النكاح بالوطء .

والحاصل أنّه من حيث القاعدة لا فرق بين النكاح وغيره من العقود ، إلّا أنّه يستفاد اعتبار اللفظ فيه من الاجماع وتسالم الأصحاب ، ومن قوله (عليه السلام) في نكاح المتعة « فإذا قالت نعم فأنت أولى الناس بها »[2] فإنّ مقتضاه اعتبار خصوص هذا اللفظ ، وقد رفعنا اليد عن الخصوصية للقطع بعدم اعتبارها ، وأمّا أصل اللفظ فلا وجه لنفي اعتباره ، هذا كلّه في النكاح .

وقد اتّضح بما ذكرنا أيضاً فساد ما ذكره المحقّق النائيني (قدّس سرّه) من عدم جريان المعاطاة في الوصية والضمان والايقاعات ، بدعوى عدم وجود فعل تنطبق عليه تلك العناوين خارجاً ، وذلك لما عرفت من أنّ صدق عنوان عقد أو إيقاع على

---

(١) المؤمنون ٢٣ : ٥ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٤٣ / أبواب المتعة ب١٨ ح١ .

فعل إنّما هو بكونه مبرزاً للاعتبار النفساني كالقول ، ومن الواضح إمكان إبراز الاعتبار النفساني بالفعل في موارد الأُمور المذكورة .

نعم ، العطاء الخارجي لا يمكن إبراز التمليك بعد الموت أو نقل الدَين إلى ذمّة الضامن به ، لكن الانشاء الفعلي لا ينحصر في الاعطاء كما عرفت ، فيمكن أن تنشأ الوصية أو الضمان ونحوهما بالكتابة أو الاشارة ونحوهما ممّا يمكن إبراز تلك الأُمور بها . نعم لابدّ من مناسبة عرفية بين الفعل والاعتبار النفساني المبرز به بحيث يكون الفعل مصداقاً لذلك العنوان عرفاً ، وإلّا فالقصور يكون من ناحية المبرز . ويشهد لامكان المعاطاة في الايقاعات ما ورد في طلاق الأخرس من تحقّقه بالقاء القناع على رأس زوجته ، فإنّ الخرس لا يجعل المستحيل ممكناً ، فينكشف به إمكان المعاطاة في الايقاعات ، غاية الأمر اعتبرت في بعض الموارد دون بعض .

بقي الكلام في الهبة والوقف والرهن والقرض .

أمّا الهبة فلا إشكال في جريان المعاطاة فيها ، وأمّا دعوى شيخنا الأنصاري(١) من أنّ توقّف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون اتفاقياً ، فتندفع بأنّ هذا ليس إجماعاً آخر وإنما هو الاجماع المدعى على أنّ كل عقد أو إيقاع متوقف على اللفظ ، ونحن أجبنا عنه بأنه ممّا لا يمكن الاعتماد عليه وأشار إليه السيد في حاشيته(٢) أيضاً فراجع .

فالمتحصّل أنّ المعاطاة تجري في الهبة بلا إشكال كما عليه سيرة المسلمين .

وأمّا القرض فقد استشكل في جريان المعاطاة فيه بأنّ القبض شرط في حصول الملك به بمعنى أن العقد مقتض وما منه ينشأ الأثر والقبض شرط في فعلية

(١) المكاسب ٣ : ٩٢ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦٩ ، ٨١ .

ذلك الأثر ومتمّم لقابلية القابل أو فاعلية الفاعل ، ولا يعقل أن يتّحد المقتضي والشرط ، فكيف يعقل أن يكون القبض مع أنه شرط مقتضياً وعقداً كما هو لازم المعاطاة في القرض ، هذا .

والجواب عنه : بالنقض والحلّ . أمّا النقض فبالهبة ، لأنّ القبض شرط في حصول الملك بها أيضاً ، ولازم ما ذكر عدم صحة المعاطاة فيها ، مع أنّا لو شككنا في كلّ شيء فلا نشك في جريان السيرة على المعاطاة في الهبة . وكذا ينتقض بالصرف والسلم لاشتراطهما بالقبض مع أنّ المعاطاة تجري فيهما بلا كلام .

وأمّا الحلّ فهو ما أشرنا إليه مراراً من أنّ إطلاق الشرط على مثل القبض ودخول الزوال وغيرهما ممّا يطلق عليه الشرط في الأحكام الشرعية ليس بمعنى الشرط الفلسفي في الأُمور التكوينية الموجب لتتميم فاعلية الفاعل أو قابلية القابل بل إنّما هو بمعنى أخذ شيء قيداً في متعلقات الأحكام أو في موضوعاتها وتضيق دائرة المتعلق أو الموضوع ، فمعنى كون الطهارة شرطاً للصلاة هو أنّ الأمر إنما تعلق بالصلاة مع الطهارة ، لا أنّ لها مدخلية في الصلاة ، كما أنّ معنى كون الزوال شرطاً لوجوب الصلاة هو أنّ الوجوب إنما يتعلّق بها في ذلك الظرف ، لا أنّ له مدخلية في الحكم أبداً .

وبعد ذلك نقول : إنّ الشارع قد اعتبر في القرض أمرين: أحدهما : إبراز الاعتبار النفساني بمبرزٍ ما في الخارج . وثانيهما : القبض، وأيّ مانع عقلي من أن يوجدهما المكلّف بفعل واحد كما إذا أقبضه بقصد إبراز اعتباره النفساني فيتحقق كلا الأمرين أعني القبض وإبراز الاعتبار النفساني ، فلا مانع من جريان المعاطاة في القرض أيضاً .

وأمّا الرهن فربما يناقش في جريان المعاطاة فيه بأنّ المعاطاة إن أفادت اللزوم في الرهن فهو مخالف للاجماع المنقول القائم على أنّ المعاطاة لا تفيد اللزوم

ومخالفته جرأة ، وإن كانت مفيدة للجواز فيأباه نفس معنى الرهن لأنّه وثيقة لدى المرتهن ليطمئن به قلبه ويمكنه استيفاء دَينه منه عند إنكار الدائن لدَينه أو صيرورته مفلّساً ، وهذا إنّما يعقل فيما إذا كان الرهن لازماً وأمّا إذا كان جائزاً فكيف يوجب الوثوق والاطمئنان لجواز رجوعه فيه وإن لم يرجع فيه فرضاً، فلأجل ذلك يلتزم بعدم جريان المعاطاة في الرهن ، هذا .

ولا يخفى عليك أوّلاً : أنّ مثل ذلك الإجماع المنقول لا يكشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) ظنّاً فضلاً عن القطع ، ومثله لا مانع من مخالفته كما ارتكبناه نحن والتزمنا بأن المعاطاة تفيد اللزوم .

وثانياً : سلّمنا اعتبار الإجماع إلّا أنّه لمّا كان من الأدلة اللبّية كان اللازم أن يؤخذ بالمقدار المتيقن منه ، وهو العقود التي يتصوّر فيها الجواز ولا يكون منافياً لحقيقتها .

وثالثاً : أنّ كلمات المجمعين التي نقلها الشيخ[1] في المقام ليس مضمونها اشتراط اللفظ في لزوم العقد ، وإنّما مضمونها أنّ العقد لو خلا من اللفظ أفاد الاباحة كما في كلام الأكثر أو الملك الجائز كما في كلام المحقّق الثاني[2]، ومن الواضح أنّ مورد هذا الكلام هو العقد الذي يتّصف بالجواز واللزوم ، ولا يعمّ ما يدور أمره بين اللزوم والفساد كالرهن ، فمقتضى إطلاق الأدلّة العامّة والخاصّة صحّة الرهن سواء أُنشئ بالقول أو الفعل .

وأمّا الوقف فقد ادّعي عدم جريان المعاطاة فيه لأنها لو قلنا بافادتها اللزوم فهو على خلاف الاجماع المنقول ، وإن قلنا بأنها تفيد الجواز فهو على خلاف

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٦ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٥٨ .

المتعارف المعهود لأنّا لم نعهد الجواز في الوقف كما ادّعاه الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

ويدفعه : أنّه إن ثبت من الخارج اعتبار اللزوم في الوقف إمّا لكونه عبادياً وما كان لله تعالى لا يرجع ، وإمّا لجهة أُخرى فيلحقه حكم الرهن ويجري فيه ما ذكرناه هناك ، إذ لا فرق حينئذ بينهما إلّا من حيث كون اللزوم في الرهن لازماً له حقيقة وفي الوقف بحكم الشارع .

وأمّا إذا لم يثبت اعتبار اللزوم في الوقف فيكون حاله حال البيع . فعلى كلا التقديرين تجري فيه المعاطاة .

ويؤكّد جريانها فيه السيرة القطعية المستمرّة على عدم ذكر الصيغة في كثير من الأوقاف ، مثل الفرش والحصر للمساجد والمشاهد ، ولم يعهد رجوع الواقفين أو وارثهم في شيء منها .

ومما ينبغي أن يذكر في المقام ممّا يناقش في جريان المعاطاة فيه العتق ، فان المناقشة المذكورة في الرهن يجري في العتق أيضاً حرفاً بحرف ، لأنها إن أفادت اللزوم فهو مخالف للاجماع المنقول ، وإن أفادت الجواز فهو مخالف للعتق ، فانّ الجواز غير معهود فيه ولا يرجع الحرّ عبداً ، فأمره يدور بين اللزوم والبطلان .

والجواب عنها هو الجواب المذكور في الوقف ، فإنّه إمّا ملحق بالرهن أو بالبيع .

التنبيه السادس : في ملزمات المعاطاة

بناء على المختار من أنّ المعاطاة مفيدة للملك اللازم يكون البحث عن

---

(١) المكاسب ٣ : ٩٤ .

ملزماتها لغواً، إذ المفروض أنها لازمة بنفسها فلا معنى لصيرورتها لازمة بعد طروء شيء.

وأمّا على القول بإفادتها الاباحة أو الملك الجائز فينتهي البحث إلى الملزمات، وقد تكلّم الشيخ (قدّس سرّه) أوّلاً في تأسيس الأصل عند الشكّ في ملزمية شيء كالتصرف المغيّر، فحكم بأنّ الأصل على القول بالملك هو اللزوم لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[1] وغيره من الوجوه المتقدّمة، وعلى القول بالاباحة فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم فإنّ مقتضاه جواز رجوع المالك بعد طروء ذلك الشيء وتوهّم جريان استصحاب الاباحة بعد الرجوع مندفع بعدم جريانه مع وجود الدليل، لحكومته عليه.

وما أفاده بناء على إفادة المعاطاة الملك وإن كان متيناً، إلّا أنّ ما ذكره في صورة إفادتها الاباحة ليس في محله، لأنّ الشك في بقاء الاباحة تارة مع العلم ببقاء الملك على ملك مالكه الأوّلي إلّا أنّا نشك في أنّ الشارع هل أباح التصرف في ملك الغير نظير إباحته في حق المارّة أم لا، وحينئذ لا مجال لاستصحاب بقاء الاباحة السابقة لحكومة عموم الناس مسلّطون عليها كما أفاده، وأُخرى نشك في انقلاب الملك عن ملك مالكه الأول ودخوله في ملك المباح له بواسطة طروّ ما نشك في كونه ملزماً، ومع هذا الشك لا مجال للتمسك بعموم « الناس مسلّطون » الخ للشك في أنه ملك للمالك الأول، ومع الشك في كونه ملكاً له لا مجرى لعموم « الناس مسلّطون » كما هو ظاهر، ولا مجال حينئذ إلّا لاستصحاب بقاء الملك وهو أيضاً لا مجرى له مع وجود العمومات المقتضية لأنّ الملك ينقلب إلى ملك المشتري بطروّ الملزم المحتمل.

---

(١) النساء ٤: ٢٩.

بيان ذلك : أنّ المعاطاة إذا قلنا بأنها فاسدة كما ذهب إليه العلّامة في بعض كتبه[١] وأنّ الشارع حكم في موردها بإباحة التصرف مع بقاء المال على ملك مالكه فيصحّ حينئذ القول بأنّ قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع ، فإذا رجع انتفت الاباحة لكونها شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، وموردها ما دام لم يرجع المالك .

وأمّا إن قلنا بأنّ المعاطاة عقد صحيح مشمول للعمومات ، ولكن قامت السيرة والإجماع على عدم حصول الملك قبل حصول أحد الملزمات ، فحيث إنّ السيرة والإجماع مجمل لا يعلم شموله لما إذا حصل ما يحتمل معه اللزوم فلابدّ من الاقتصار فيهما على المتيقّن وهو ما لم يحصل فيه الملزم المحتمل ويرجع فيما عداه إلى العمومات على ما هو الشأن في المخصّص المنفصل المجمل ، ومعه كيف يمكن الرجوع إلى قاعدة السلطنة ، واستصحاب عدم حدوث الملك بعد حدوث محتمل الملزمية غير جار مع وجود الأصل اللفظي . وليست الشبهة موضوعية والشكّ في تحقّق شرط الملك ليستصحب عدمه . فالأصل هو اللزوم على كلا التقديرين .

وبعد ذلك تكلّم الشيخ (قدّس سرّه) في خصوص الملزمات وعدّ منها تلف العينين وأنه موجب للزوم المعاطاة بلا إشكال ولا ريب وأفاد في وجه ذلك : أنّه بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الاباحة يكون تلف كل واحد من المالين في ملك مالكه ولم يحدث شيء يوجب الضمان ، فلا يمكن للمالك أن يرجع إلى صاحبه ويطالبه بقيمة ماله أو مثله ، لأنه إنما أخذه برضا مالكه ولا موجب لضمانه . وتوهم أنّ عموم على اليد يقتضي الضمان ، مندفع بما سيأتي من أنّ اليد في المقام غير ضمانية ، هذا كلّه فيما إذا كان التلف سماوياً ، وأمّا إذا كان بالاتلاف ونحوه فنفس الاتلاف يقتضي الضمان

---

(١) النهاية ٢ : ٤٤٩ .

لأنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن ، ولا يحتاج في ذلك إلى التمسك بقاعدة اليد ونحوها ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده إنّما يتمّ في الاباحة المالكية كما إذا أباح أحد المالكين التصرف في ملكه لمالك المال الآخر من دون أن يقصد التمليك به ، ففي مثله يكون تلفهما في ملك مالكهما ولا يجري فيه عموم على اليد لما أفاده (قدّس سرّه) إلّا أنّه خارج عن الفرض ، وأمّا في الاباحة الشرعية كما في المقام لأن المفروض أنهما قصدا التمليك والشارع حكم بالاباحة ، فلا يتمّ ما أفاده بوجه، لما أفاده هو (قدّس سرّه) في جواب بعض الأساطين من أنّ مقتضى الجمع بين الأدلة حينئذ أن نلتزم بحصول الملك آناً ما قبل التلف ، فإنّ الجمع بين الإجماع على عدم الضمان بالمثل أو القيمة وبين قاعدة اليد فإنّها جارية لعدم التسليط المجّاني وبين استصحاب عدم الملك إلّا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه يقتضي حصول الملك آناً ما قبل التلف . هذا على مسلكه (قدّس سرّه) ، وأمّا على مسلكنا ـ من شمول العمومات والأدلّة الخاصّة للمعاطاة ، غاية الأمر اشتراط الملك بأمر متأخّر من تلف ونحوه ـ فيكون التلف دائماً من ملك المعطى له ، كما في البيع اللفظي ، فيلحق بالقول بالملك أي الفرض الثاني الذي سنتكلّم فيه .

ثم أفاد أنّ المعاطاة إذا قلنا بأنّها تفيد الملك فالوجه في كون تلف العينين ملزماً هو ما عرفت من أصالة اللزوم ، والمتيقّن من مخالفتها جواز تراد العينين ، فالجواز متعلّق بالتراد وغير متعلق بالعقد كما في الجواز في باب الخيارات ، وبعد تلف العوضين يرتفع موضوع الجواز لا محالة ، ولا يقاس المقام بالجواز في باب الخيارات الذي يبقى مع تلفهما أيضاً ، لأنه متعلق بالعقد لا بتراد العينين على خلاف المقام ، ولو شككنا في أنّ الجواز تعلق بتراد العينين أو بنفس العقد ، فلا يمكننا إجراء استصحاب الجواز بعد التلف لعدم إحراز الموضوع حسب الفرض فانّه على تقدير تعلقه بترادّ

العينين منتف ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

وللنظر فيما أفاده مجال ، لأنّا لم نفهم معنى تعلّق الجواز بترادّ العينين ، فهل يريد بذلك مجرد ردّ العينين خارجاً مع بقائهما في ملك مالكهما الثاني بأن يدفع المشتري ملكه للبائع نظير الوديعة والأمانة مع بقائه في ملكه ، فهو خلاف المفروض .

نعم ، يمكن أن يراد بالجواز حقّ حلّ العقد بالتراد بأن يكون التراد مصداقاً للفسخ ، أو حقّ حلّ العقد بعد التراد ، نظير بيع الخيار أي الخيار بشرط ردّ مثل الثمن ، وعليه يختصّ الجواز بفرض بقاء العينين ولا يثبت بعد تلفهما ، بل احتمال ذلك كافٍ في المنع عن ثبوت الخيار بعد التلف ، وذلك تمسّكاً بالعمومات .

فظهر بما بيّنا فساد ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من التعليلين وإن كانت الدعوى ـ أعني كون تلف العوضين ملزماً ـ صحيحة . أمّا على المختار فلأنّ العمومات كانت تقتضي الملكية واللزوم من أوّل الأمر ، وإنّما خرجنا عنها في المعاطاة إلى ما قبل التلف آناً ما لقيام الإجماع على اشتراط حصول الملك أو اللزوم بالتلف وأمّا بعده فلم يثبت لها مخصّص ، وأمّا على مسلكه فلدخول كلّ من المالين من أوّل الأمر أو قبل التلف آناً ما في ملك المعطى له ، والأصل في الملك اللزوم .

ومن ذلك يظهر حال ما إذا تلفت إحدى العينين أو بعضها مع بقاء العين الأُخرى وأنّ ذلك أيضاً من الملزمات ، ولا يمكن مع تلف إحداهما الفسخ لعدم امكان الترادّ ، وقد عرفت أنّ المتيقن من جواز الفسخ هو صورة تراد العينين ومع عدمها لا يجوز الفسخ كما لا يخفى ، هذا .

وقد نقل شيخنا الأنصاري[1] عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) أنه التزم بعدم اللزوم في المقام وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك على القول بأنّ المعاطاة

---

(١) المكاسب ٣ : ٩٧ .

تفيد الاباحة مستنداً إلى أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وبقاء ملكه لها .

وشيخنا الأنصاري يستشكل في ذلك أوّلاً : بأنّ أصالة بقاء ملك مالك العين الموجودة وأصالة بقاء سلطنته عليها معارضة بأصالة براءة ذمّته عن مثل التالف أو قيمته ، فإنّ مقتضى بقاء السلطنة والملك جواز الرجوع في العين الموجودة ، فإذا رجع لابدّ أن يضمن التالف لمالكه بالمثل أو القيمة ، وهو منافٍ لأصالة براءة ذمّته عن الضمان ، فيعلم إجمالاً بعدم جريان أحد الأصلين فيسقطان معاً على ما هو الشأن في موارد العلم الاجمالي . ولا يتوهّم عدم جريان أصالة البراءة لحكومة على اليد عليها ، فيكون استصحاب السلطنة خالياً عن المعارض ، وذلك لعدم جريان على اليد في المقام ، للقطع بأنّها ليست يد ضمان قبل التلف بل ولا بعده ما لم يرجع المالك فيبقى الضمان بعد الرجوع ، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً .

وبعد ذلك يقرب ما استوجهه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) ويقول : لكن يمكن أن يقال : إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ، فإنّ الشكّ في الضمان مسبّب عن الشكّ في بقاء السلطنة ، بل لا مجرى لأصالة عدم الضمان في نفسها مع قطع النظر عن معارضتها باستصحاب بقاء السلطنة ، للقطع بضمان العين التالفة حسب الفرض من أنّ الاباحة لم تكن مجانية ، غاية الأمر أنّ الكلام في أنّه ضامن لعوضها الواقعي من المثل أو القيمة أو لعوضها المسمّى ، وكيف كان فأصل ضمانه مقطوع به ، ومعه لا مجال لأصالة عدم الضمان، فيبقى أصالة بقاء السلطنة والملك سليمة عن المعارض وثمرتها عدم لزوم المعاطاة بتلف إحدى العينين .

مضافاً إلى ما قد يقال : من أنّ عموم «الناس مسلّطون» الخ[1] يدلّ على

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

السلطنة على العين الموجودة فيمكن لمالكها أخذها عمّن بيده ، وعلى العين التالفة فلمالكها أن يأخذها ببدلها الحقيقي من المثل أو القيمة ثم أمر بالتدبّر ، هذا .

والكلام يقع في جهات :

الجهة الأُولى : في أنّ أصالة بقاء السلطنة أو الملك هل هي جارية في حدّ نفسها أو غير جارية ؟ الصحيح أنها غير جارية على مسلكنا ومسلكه ، أمّا على مسلكنا فلأنّ العمومات دلّت على صحّة المعاطاة ولزومها من أوّل الأمر ، ولكن خرجنا عن ذلك بقيام الإجماع في المقدار المتيقّن وهو فرض بقاء العينين ، ففي غيره مثل فرض تلف إحدى العينين نرجع إلى العمومات ونثبت الملك واللزوم . وأمّا على مسلكه فلأجل ما ذكره هو (قدّس سرّه)[1] في أجوبة إيرادات كاشف الغطاء من أنّ مقتضى الجمع بين الأدلة الالتزام بدخول التالف في ملك من بيده بآنٍ قبل التلف بحيث يتلف في ملك نفسه ، وأنّ ذلك يوجب دخول العين الموجودة في ملك من هي بيده عوضاً ، لأن دخول التالف في ملك من تلف عنده ليس مجانياً وبلا عوض وعوضه إنّما هو العين الموجودة فيملكها من بيده لا محالة .

وإن شئت قلت : إنّ الرجوع الثابت قبل التلف إنّما هو رجوع المالك إلى ملكه ، وبعد التلف يكون من الرجوع إلى ملك الغير ، وقد نهى عنه سبحانه بقوله : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[2] فالموضوع متبدّل لا مجال معه للاستصحاب ، نعم لو احتمل عدم حصول الملكية آناً ما قبل التلف أمكن الاستصحاب ، لكنّه خلاف الفرض .

الجهة الثانية : في أنّه هل يمكن التمسّك بعموم على اليد أو لا ؟ الظاهر أنّه لا

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٩.

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

مانع من التمسّك به وإثبات الضمان ، وذلك لأنّ الخارج عنه وعن السيرة العقلائية موردان ، أحدهما : ما إذا ألغى المالك احترام ماله بتسليط الغير عليه مجّاناً ، فلا يكون الغير ضامناً ، وعليه تبتني قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وثانيهما : اليد الأمانية سواء كانت الأمانة مالكية أو شرعية ، والمقام خارج عن كلا الموردين فيكون مشمولاً للحديث والسيرة .

ودعوى أنّ اليد قبل التلف لم تكن يد ضمان ممنوعة ، فهي يد ضمان من أوّل حدوثها والخبر شامل لها ، غاية الأمر يكون الضمان قبل التلف بنفس العين وبعده ببدلها .

الجهة الثالثة : في أنّ أصالة بقاء الملك على تقدير جريانها حاكمة على براءة ذمته عن الضمان بالمثل والقيمة أم لا ؟ فنقول : لا وجه لحكومتها إلّا أحد أمرين كلاهما لا يناسب مقام الشيخ جداً :

أحدهما : أن يقال إنّ الاستصحاب حاكم على البراءة مطلقاً ولو كان موردهما متعدّداً كما في المقام ، وظنّي أنّ المحقّق الهمداني[1] نقله في بحث قضاء الصلوات الفائتة وقرّبه على ما هو ببالي .

وهذا مندفع بأنّا لا نلتزم بحكومة الاستصحاب على البراءة إلّا من جهة أنّ الاستصحاب ينفي موضوع البراءة ويرفعه ، وهذا إنّما يتم فيما إذا جريا في مورد واحد ، فإذا كانت نجاسة شيء مورداً للاستصحاب فلا يبقى لأصالة الطهارة فيه مجال .

وأمّا إذا كانا في موردين فلا وجه لحكومة أحدهما على الآخر وهو ظاهر .
على أنّه يمكن الرجوع في نفي الضمان بالمثل أو القيمة إلى الاستصحاب ، بأن نقول إنّ

---

(١) مصباح الفقيه (الصلاة) : ٦١٠ .

ذمة ذلك الشخص لم تكن مشغولة بالمثل أو القيمة قبل التلف والآن كما كان وحينئذ لا يبقى لتوهم حكومة استصحاب بقاء السلطنة والملك على أصالة عدم الضمان وجه ، لأن الأصل الجاري فيه أيضاً استصحاب .

وثانيهما : أن يقال إنّ السرّ في حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة هو أنّ مرتبة الضمان بالمثل أو القيمة متأخرة عن مرتبة الضمان بالمسمّى ، فان الذمة إنّما تشتغل بهما فيما إذا لم يضمن بالعوض المسمّى فالأصل الجاري في الثاني مقدّم على الأصل الجاري في الأوّل ، وأصالة بقاء السلطنة والملك جارية في الثاني ، فإنّها تنفي الضمان بالمسمّى ، فلا يبقى مجال لأصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة .

وبعبارة أُخرى : الشك في اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة مسبّب عن الشك في بقاء السلطنة والملك ، فإذا جرت أصالة بقاء السلطنة واقتضت عدم الضمان بالمسمّى فيترتّب عليها اشتغالها بالمثل أو القيمة ، ولا تجري أصالة عدم اشتغالها بالمثل أو القيمة ، هذا .

وفيه : أنّ الحكومة إنّما تتمّ فيما إذا كان ترتّب الضمان بالمثل أو القيمة على بقاء الملك ترتّباً شرعياً ، وليس كذلك ، فإنّ الضمان المذكور مترتّب على بقاء التالف في ملك مالكه الأوّل وهو لازم عقلي لبقاء الملك والسلطنة على العين الموجودة وبالجملة ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة إنّما هو من جهة امتناع اجتماع عدمه مع بقاء الملك والسلطنة في العين الموجودة ، ولا تتحقّق الحكومة بذلك .

نعم ، يمكن إثبات الضمان بالمثل أو القيمة باستصحاب بقاء التالف في ملك مالكه الأوّل فيما إذا احتملنا ذلك ، ولكنّه منافٍ للالتزام بالملكية آناً ما قبل التلف .

الجهة الرابعة : في جريان قاعدة « الناس مسلّطون على أموالهم »[١] في كل من المالين الموجود والتالف وعدمه . والتمسّك بها في المقام من أظهر أنحاء التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية ، لأنّ المفروض أنّا نشك في انتقال المالين من مالكيهما الأوّلين إلى الطرف الآخر من جهة الشك في أنّ التلف مملّك ومن ملزمات المعاطاة ومعه كيف يصح أن يقال بجريان عموم « الناس مسلّطون على أموالهم » في المقام .

فالمتحصّل من جميع ذلك: أنّ تلف إحدى العينين كتلف كلتاهما من ملزمات المعاطاة ولا وجه لبقاء الاباحة بعده بوجه ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذكر أنه لو كان أحد العوضين دَيناً في ذمة أحد المتعاطيين ، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمّته فيسقط عنه، والظاهر أنّه في حكم التالف لأن الساقط لا يعود ، ويحتمل العود وهو ضعيف، والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم[٢] انتهى .

ووجّه شيخنا الأُستاذ[٣] اللزوم على القول بالاباحة بأنّ الاباحة في المقام إباحة مطلقة وهي كالسلطنة المطلقة ، فيكون أثرها السقوط كالملك .

نقول : الظاهر لزوم المعاطاة في الفرض على كلّ من القول بالملك والاباحة لكن لا من جهة أنّ الدين يستحيل أن يملكه من في ذمّته لاستلزامه سلطنة الإنسان على نفسه فلابدّ وأن يسقط ، لما عرفت في تعريف البيع من إمكان ذلك ، بل اللزوم من أجل ما ذكرنا من أنّ العمومات المقتضية للملك واللزوم تشمل المعاطاة خرجنا عنها بالإجماع القائم على الجواز أو على عدم الملك ، ولكن هذا الإجماع

---

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ١٦٣ .

(٢) المكاسب ٣ : ٩٨ .

(٣) منية الطالب ١ : ٢٠٦ .

مختصّ بصورة إمكان ترادّ العينين ، فيختصّ بما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية التي يمكن فيها التراد ، ولا يشمل الدين حتّى إذا كان في ذمّة شخص آخر غير المتعاطيين ، لعدم إمكان التراد فيه ، فتأمّل .

ثم إنّ الشيخ (قدّس سرّه)(١) تعرّض لصورة انتقال أحد المالين المأخوذين بالمعاطاة أو كليهما بالانتقال اللازم أو الجائز كما إذا باع المشتري ما أخذه بالمعاطاة من آخر ، والحقّ عدم جواز الرجوع مطلقاً ، سواء على القول بالملك أو الاباحة وسواء عادت العين أم لم تعد ، أمّا قبل عودها فواضح ، وأمّا بعد العود فلأنّ المعاطاة بناءً على أنها تفيد الاباحة تصير لازمة بانتقال أحد المالين إذا كان الانتقال متوقّفاً على الملك نظير البيع ونحوه ، لأنه يكشف عن دخول المال في ملكه بآن قبل البيع فيكون المال ملكه ولا يمكن للبائع أعني مالكه الأول أن يرجع عليه ، لأنه من قبيل الرجوع في ملك الغير ، بل لا يختص ذلك بالانتقال المعاوضي ويجري في مثل الهبة التي لا معاوضة فيها ، بل لا يختص بالمعاملات ويجري في كل تصرف متوقف على الملك نظير العتق والوطء فانّها تكشف عن دخول المال في ملك المتصرف آناً ما ودخوله في ملكه يكشف عن دخول المال الآخر أيضاً في ملك المالك الآخر ، فلا يصح لهما الرجوع في مالهما بدعوى عموم « الناس مسلّطون على أموالهم »(٢) وذلك لما عرفت من أنّ المال صار ملكاً للآخر حينئذ فلا يبقى للعموم المدّعى مجال .

وأمّا على القول بالملك فإن كان رجوع العين إلى ملك البائع بسبب آخر كالارث أو عقد آخر فالملكية الناشئة منه ملكية أُخرى ولم يكن للمالك حقّ الرجوع فيها وحلّها ، وإنّما كان له حقّ الرجوع في الملكية السابقة التي زالت بالناقل

---

(١) المكاسب ٣ : ٩٩.

(٢) تقدّم تخريجه في الصفحة السابقة .

على الفرض ، وإن كان رجوع العين بفسخ أو إقالة فالملكية العائدة وإن لم تكن مغايرة للملكية السابقة ، إلّا أنّ المتيقّن من مورد الإجماع القائم على جواز المعاطاة غير ذلك ، واستصحاب الجواز غير جارٍ ، للقطع بارتفاع الجواز في الأثناء .

نعم ، على القول بالملك لا يكون الوطء ونحوه من التصرف المتوقّف على الملك ملزماً ، لعدم توقّفه على لزوم الملك ، ولا وجه لقياس المقام بخيار العيب حيث يكون التصرف فيه مسقطاً للخيار ، فإنّ ذلك ثبت فيه بدليل خاصّ دلّ على سقوطه بإحداث الحدث ، وأي حدث أعظم من الوطء خصوصاً في الباكرة ، ولم يدلّ دليل عليه في المقام .

اللهمّ إلّا أن يقال ـ على ما سلكناه في المعاطاة ـ إنّ العمومات كانت شاملة للمعاطاة وكان مقتضاها اللزوم ، وإنّما خرجنا عنها بالإجماع ، والمتيقّن منه ما لم يحدث التصرف المتوقّف على الملك كالوطء .

وأمّا إذا باع الفضولي أحد المالين المأخوذين بالمعاطاة ، فالكلام في ذلك يقع في أُمور ثلاثة : الأول : في الاجازة . والثاني : في الردّ . والثالث : في تعارض الرد والاجازة .

أمّا الاجازة فلا ينبغي الاشكال في أنه إذا قلنا بالاباحة يجوز للمعطي أي المالك إجازة البيع الذي وقع على ما أباحه للمعطى له ، لأن المال ماله وله إجازة بيع الفضولي فيه ، وبنفس إجازته يبطل المعاطاة ويكون رجوعاً فعليّاً بالدلالة الالتزامية ، كما أنّ للمشتري المباح له إجازة البيع الفضولي الواقع على المال ، لأنها من أحد أنحاء التصرفات الجائزة له بالمعاطاة ، إذ المفروض أنّ المعاطاة تفيد الاباحة وإجازته ذلك يكشف عن دخول المال في ملكه آناً ما وخروجه عن ملكه إلى ملك المشتري الثاني ، وأمّا إذا قلنا بالملك فالاجازة من المالك الأوّل تكون رجوعاً وفسخاً للمعاطاة كبيعه وسائر تصرفاته الموقوفة على الملك ، ومن المشتري

تكون ملزمة للمعاطاة .

وأمّا الردّ فلا إشكال بناء على القول بالاباحة في نفوذه من المالك ، لأنه ملكه وله ردّ البيع الواقع على ملكه فضولاً وإبقاء المعاطاة الموجودة بل لا يبعد كونه رجوعاً وإبطالاً للمعاطاة ، لأنّ الاباحة لم تكن مالكية وإنّما كانت شرعية مترتّبة على المعاطاة المقصود بها إنشاء الملك ، فإذا ردّ المالك فمعناه الرجوع عمّا أنشأه من التمليك ، فإذا انتفى إنشاء التمليك انتفت الاباحة الشرعية المترتّبة عليها .

وأمّا الردّ من المعطى له فربما يقال بنفوذه أيضاً نظراً إلى أنّ الردّ تصرّف مالكي يستكشف به دخول العين في ملكه قبله آناً ما ، فبعد الردّ تكون العين ملكاً له ، اللهمّ إلّا أن يقال إنّ التصرف المالكي من المباح له إنّما يكشف عن دخول العين في ملكه قبله آناً ما إذا كان في العين ، وليس الردّ تصرّفاً في العين ، وإنّما هو تصرّف في العقد الواقع عليها ، ولم يثبت جوازه له أصلاً . وأمّا بناءً على القول بالملك فيكون الردّ من المالك الأول نافذاً وفسخاً للمعاطاة كما ينفذ من المشتري أيضاً لوقوع عقد الفضولي على ملكه فله ردّه .

وأمّا تعارض الردّ والاجازة كما إذا ردّ المعطي وأجاز المعطى له فإن كانت الاجازة سابقة على الردّ فلا يبقى موضوع للردّ ، وتكون الاجازة نافذة دون الردّ وأمّا إذا تأخّرت الاجازة عنه فيكون الردّ السابق للعقد الفضولي فسخاً للمعاطاة ورجوعاً عنها بالالتزام ، فهل يكون الرجوع مقدّماً على الاجازة أو هي تتقدّم عليه ؟ جعله الشيخ (قدّس سرّه)[1] مبنيّاً على القول بالنقل أو الكشف ، فعلى النقل يتقدّم الردّ ، لكونه رجوعاً في المعاطاة فلا يبقى للثاني حقّ الاجازة ، وعلى الكشف تكشف الاجازة عن خروج العين عن ملك المعطي قبل ردّه ، فلم يحصل الردّ من

---

(١) المكاسب ٣ : ١٠١ .

المالك فيلغو ، ثمّ احتمل لغوية الاجازة ، لأنّ الكاشف إنّما هو اجازة المالك ، وهي : أوّل الكلام .

والصحيح في المقام أن يقال : إن أُريد بكون الاجازة كاشفة أنّها كالأمارات في كونها معرّفاً وكاشفاً عن الواقع ، فلا ينبغي الشك في أنّ الردّ يقع لغواً حينئذ ، لأن الاجازة تكشف عن سبق ملك المشتري للمال وتقدّمه على الردّ ، إلّا أنّ الكشف بهذا المعنى لا دليل عليه كما سيأتي تفصيله في محلّه ان شاء الله(١).

وإن قلنا بالكشف على نحو الشرط المتأخّر بأن تكون الاجازة شرطاً متأخّراً في تأثير العقد الصادر عن الفضولي، أو على نحو أخذ التعقّب بالاجازة شرطاً مقارناً ، فعدم نفوذ الاجازة ظاهر كالقول بالنقل ، وذلك لأن الاجازة إنّما تكون كاشفة عن الملك سابقاً فيما إذا صدرت عن المالك مع قطع النظر عن الاجازة ، لا أنّ الاجازة كاشفةً من أي شخص صدرت ، لأن قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(٢) بمعنى عن تراض من الملّاك لا من الجيران أو الغاصب ونحوهما والمعطى له المجيز للعقد الفضولي مع قطع النظر عن هذه الاجازة ليس بمالك ، لأن الردّ السابق من المالك قد دلّ على رجوع المال إلى ملكه وخروجه عن ملك المعطى له ، فلا تكون إجازته نافذة على أيّ حال ، بل يمكن أن يقال إنها غير نافذة حتى على القول بأنها كاشفة كالأمارات ، لعين ما عرفت من أنها عند القائلين بأنها كالأمارات إنما تكشف عن الملك فيما إذا صدرت عن المالك مع قطع النظر عن هذه الاجازة ، والمجيز غير مالك مع قطع النظر عنها .

ويحتمل كلام الشيخ معنى آخر ليس فيه تبعيد المسافة ، وهو أن نفرض

---

(١) راجع الصفحة ٤٣٥ فما بعدها .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

المعارضة ابتداءً بين رجوع المعطي عن المعاطاة وإجازة المعطى له ، لا بين ردّ المعطي وإجازة المعطى له حتّى نحتاج إلى إثبات أنّ الردّ رجوع بالالتزام على القول بالملك أو مطلقاً ، بل هذا المعنى هو الظاهر من قول الشيخ « ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني » حيث عبّر بالرجوع دون الردّ .

فالمتحصّل : أنّ الاجازة على جميع الأقوال والتقادير باطلة ، وأنّ النافذ هو الردّ السابق من المالك فلا تغفل .

هذا كلّه فيما إذا وقع العقد الفضولي على المبيع بالمعاطاة ، وكذلك الحال فيما إذا وقع على الثمن في المعاطاة ويأتي فيه ما ذكرناه في الصورة الاُولى حذو النعل بالنعل هذا .

ثم إن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] تعرّض لفرعين آخرين :

أحدهما : ما إذا امتزجت العينان أو إحداهما بشيء آخر ، فإن كان المزج ملحقاً بالتلف كامتزاج الدهن بالمرق أو بسائر الأغذية كالحلويات ، فلا إشكال في أنه ملزم للمعاطاة .

وأمّا إذا لم يكن كذلك فذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنه بناءً على القول بالاباحة فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج فيصير المالك شريكاً مع مالك الجنس الآخر ، وأمّا بناءً على الملك فلا يجوز له الرجوع في المعاطاة ، لأن متعلّق الجواز إنما هو تراد العينين ولا يمكن الترادّ في المقام . ثمّ احتمل جواز الرجوع والشركة وذكر أنه ضعيف ، هذا .

ولا يخفى أنّه بناءً على ما سلكناه من أنّ مقتضى العمومات لزوم المعاطاة من الابتداء وإنما خرجنا عن مقتضاها بمقدار الإجماع القائم على الجواز نحكم بلزوم

---

(١) المكاسب ٣ : ١٠١ .

المعاطاة بعد الامتزاج مطلقاً على القول بالملك والاباحة ، لأنّ المتيقن من الاجماع هو ما أمكن فيه استرجاع الملكية الاستقلالية السابقة .

مع أنّ السيرة المتداولة بين الناس أيضاً تقتضي اللزوم بعد الامتزاج .

وثانيهما : ما إذا تصرف في العين تصرفاً مغيّراً للصورة ، كما إذا طحن الحنطة أو فصل الثوب فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّه لا لزوم بناء على الاباحة ، وأمّا على الملك ففي اللزوم وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز التراد وعدمه ، من جهة الشك في أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي ، هذا .

ولا يخفى أنّ مقتضى ما سلكناه في المقام لزوم المعاطاة بذلك ، لأن المتيقّن من الاجماع القائم على الجواز إنما هو ما قبل زمان التصرف المغيّر في العين ، وأمّا بعده فلا ، كما أنّ السيرة المتداولة بين الناس أيضاً تؤيّد ذلك .

ثم إنه (قدّس سرّه) تكلّم في الموت والجنون وأنّ شيئاً منهما إذا طرأ على أحد المتعاطيين فهل يوجب لزوم المعاطاة نظير التلف أو لا يوجب اللزوم ، فأفاد بأنّ المعاطاة إذا قلنا بإفادتها الملك تصير لازمة بموت المتعاطيين أو أحدهما ، لأن الجواز في المقام ليس من قبيل الحقوق حتى ينتقل إلى وارث الميّت أو يقبل الاسقاط ، بل إنما هو جواز حكمي قائم بالشخص غير قابل للانتقال ، فإذا مات أحد المتعاطيين فلا محالة يرتفع الجواز فتصير المعاطاة لازمة .

وأمّا إذا قلنا بالاباحة فلا تصير المعاطاة لازمة بموت أحدهما ، لأن الاباحة في المقام نظير الاباحة فيما يقدّمه الانسان لضيفه في دورانه مدار الرضا الباطني للمالك ، فإذا مات أحد المتعاطيين وانتقل المال إلى وارثه فيدور بقاء الاباحة مدار

(١) المكاسب ٣ : ١٠١ .

رضا الوارث ، هذا .

وما أفاده على القول بالملك من أنّ الجواز حكمي وليس حقيّاً متين جدّاً لأنه على وفق القاعدة لما ذكرناه[1] في بيان الفرق بين الحق والحكم من أنّ الحق بعينه هو الحكم وليس شيئاً غيره ، غاية الأمر أنّ بعض الأحكام مما قام الدليل على انتقاله وأنّه يقبل الاسقاط ، وكل ما لم يقم دليل على كونه كذلك فمقتضى القاعدة فيه عدم سقوطه وعدم قبوله النقل والانتقال .

إلّا أنّ ما أفاده بناءً على القول بالاباحة ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأن الاباحة في المعاطاة ليست إباحة مالكية نظير الاباحة في الطعام حتى يدور مدار رضا المتعاطيين والمالكين ، بل هي إباحة شرعية حكم بها الشارع في المعاطاة المقصود بها الملك ، وكان مقتضى القاعدة فيها ثبوت الملك ، وقد خرجنا عنها بالإجماع ، والمتيقّن منه ما قبل موت أحد المتعاطيين ، وأمّا حين موته أو قبله آناً ما فلم يثبت إجماع على عدم الملك ، فالعمومات محكمة ، فلا ينتقل المال إلى الوارث ليدور بقاء الاباحة للمعطى له مدار رضا الوارث ، وهذا البيان يجري على القول بالملك أيضاً فيلتزم بسقوط جواز الرجوع وإن بنينا على كونه جوازاً حقّيّاً . وإن شئت قلت إنّ الجواز الثابت بالإجماع إنّما هو لشخص المتعاطيين دون وارثهم .

وأمّا المجنون فقد ذكر (قدّس سرّه) أنّه يقوم الولي مقامه في الرجوع على كلا القولين ، ولعلّ وجهه أنّه ليس فيه انتقال للجواز ، ولكن ظهر الحال فيه ممّا بيّناه ، فإنّ مقتضى العمومات أن تكون المعاطاة مفيدة للملك اللازم ، وقد خرجنا عنها بالإجماع ، والمتيقّن منه ما قبل الجنون آناً ما .

(١) في ص ٣٠ .

التنبيه السابع

المقصود من هذا التنبيه البحث عن جريان الخيارات المختصّة بالبيع في المعاطاة وعدمه، وقد حكى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] عن المسالك[٢] وجهين في كون المعاطاة بيعاً أو معاملة مستقلّة اُخرى وقد تقدّم ذلك سابقاً وأحال شيخنا الأنصاري تفصيله إلى التنبيهات فلذا أشار إلى تفصيله في المقام، ومحل البحث إنما هو المعاطاة المقصود بها التمليك مع ترتّب الاباحة عليها شرعاً، وأمّا المعاطاة المقصود بها الاباحة التي يترتّب عليها الاباحة فلا معنى للبحث عن أنّها بيع أو معاوضة مستقلّة، للعلم بأنها ليست من البيع جدّاً، كما أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك المترتّب عليها الملك على نحو الجواز أو اللزوم، لا معنى للبحث عن أنها بيع أو معاوضة اُخرى لأنها بيع حقيقي حينئذ بلا كلام.

ثمّ إنّه ربما يتخيّل أنّه لا ينبغي البحث عن أنّ المعاطاة المذكورة من البيع أو معاوضة اُخرى، إذ المراد من البيع إن كان البيع العرفي فلا إشكال في أنها كذلك وإن اُريد به البيع شرعاً فلا إشكال في أنها ليست بيعاً شرعياً لعدم ترتّب الملكية عليها.

والتحقيق أنّ المعاطاة على القول بالملك اللازم بيع بلا إشكال، وكذا على القول بترتّب الملك الجائز عليها، إذ لا يعتبر اللزوم في حقيقة البيع، وأمّا على القول بالاباحة فكذلك، لما مرّ مراراً من أنّ الاباحة المترتّبة على المعاطاة ليست إباحة مالكية، وإنّما هي إباحة شرعية ثابتة بالسيرة والإجماع، وأمّا المتعاطيان فقد قصدا بها التمليك وأمضاه الشارع غاية الأمر مشروطاً بشرط متأخّر عن المعاطاة مقارن

(١) المكاسب ٣: ١٠٣.

(٢) المسالك ٣: ١٥١.

لحصول الملك من التلف والتصرف المغيّر ونحوهما، كاشتراط صحّة بيع الصرف وترتّب الأثر عليه بالقبض واشتراط صحّة بيع المكره بالاجازة. نعم، حكم الشارع في المعاطاة باباحة التصرف قبل حصول شرط الملك ولم يحكم بها في بيع الصرف وبيع المكره ونحوهما.

وعليه فالمعاطاة تكون بيعاً من أوّل حدوثها على جميع الأقوال حتّى القول بالاباحة، كما أنّ بيع المكره والصرف أيضاً بيع قبل حصول الاجازة والقبض.

وأمّا جريان الخيارات فيها فتفصيله أنّ الخيار قد يكون بتعبّد شرعي كخيار المجلس والحيوان، وقد يكون ناشئاً من تخلّف الشرط، فإنّ جعل الشرط لا معنى له إلّا جعل الخيار عند تخلّفه، ثمّ الشرط قد يكون لفظياً مذكوراً في العقد وقد يكون ارتكازياً كاعتبار سلامة العوضين وعدم تفاوت الثمن عن القيمة السوقية تفاوتاً فاحشاً في المعاوضات، ولذا يكون التخلّف في الأوّل موجباً لثبوت خيار العيب وفي الثاني موجباً لخيار الغبن، وهذا القسم من الخيار أعني الناشئ من تخلّف الشرط لا إشكال في جريانه في المعاطاة، لعدم اختصاصه بالبيع بل يجري في جميع المعاوضات.

وأمّا القسم الأوّل فعلى المختار من القول بافادة المعاطاة الملك اللازم من أوّل الأمر فلا ينبغي الإشكال في جريان جميع الخيارات فيها.

وأمّا بناءً على القول بالملك المتزلزل فظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وصريح كلام شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) في الخيارات المختصّة بالبيع كخيار المجلس والحيوان عدم جريان الخيارات فيها، وعلّله شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) بأنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ١٠٤ .

(٢) منية الطالب ١ : ٢٢٥ .

هذه الخيارات إنّما تتحقّق في بيع مبناه على اللزوم لولا الخيار ، والمعاطاة بناءً على أنّها تفيد الملك المتزلزل غير مبنية على اللزوم مع قطع النظر عن الخيار ، لأنّ الفرض أنّها تفيد الملك الجائز دون اللازم ، هذا .

ولا يخفى أنّ الجواز الثابت في المعاطاة كالجواز في البيع الخياري ومتعلّقهما شيء واحد وهو العقد ، وليس الجواز في المقام متعلّقاً بترادّ العينين كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] وذلك لما عرفت من أنّ المراد بالترادّ ليس هو الترادّ الخارجي ، إذ لا معنى لتعلّق الجواز به ، وإنّما هو الترادّ في العلقة الملكية نظير الخيار في البيع ، وعليه فحال المعاطاة حال البيع الخياري بعينه ، وليس الجواز في أحدهما أمراً آخر غير الجواز في الآخر ، فما يجري في البيع الخياري من خياري المجلس والحيوان أو العيب بالنسبة إلى الارش يجري في المعاطاة أيضاً ، هذا كلّه بالنسبة إلى ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) فإن أراد بالبيع الذي يكون مبنيّاً على اللزوم البيع الذي يكون كذلك بجعل المتعاملين فالمقام أيضاً من هذا القبيل لأنّ قصد المتعاطيين التمليك اللازم .

وإن أراد بذلك البيع الذي مبناه على اللزوم عند الشارع ، فهو أمر لا يمكن إسناده إلى أحد ، لأنّ لازمه عدم جريان خيار الحيوان في بيع يكون فيه خيار آخر كخيار الرؤية أو خيار المجلس أو الشرط ، لأنّه حينئذ غير مبنيّ على اللزوم شرعاً ولو مع قطع النظر عن خيار الحيوان ، إذن فالحقّ ثبوت هذه الخيارات في المعاطاة على القول بإفادتها الملك الجائز ، وذلك لوضوح أنّه لا مانع من اجتماع خيارات بينها عموم من وجه في بيع واحد ، فلا يلزم من جعل أحدهما مع وجود الآخر

---

(١) المكاسب ٣ : ٩٧ .

لغوية ولا محذور آخر ، ففي مثل المعاطاة إذا حكمنا بخيار الحيوان فيها مثلاً يتمكّن المكلّف من إبطال المعاطاة من جهتين ، فتارةً يثبت له خيار الحيوان مع ارتفاع الجواز الناشئ من المعاطاة كما إذا تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للعين وارتفع الجواز المعاطاتي بذلك ، إلّا أنّ له فسخها بخيار الحيوان لعدم انقضاء ثلاثة أيّام مثلاً . واُخرى يثبت له الجواز من جهة المعاطاة دون سائر الجهات ، وهذا كما إذا انقضت الأيّام الثلاثة ولم يتصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً مثلاً ، وثالثة يجتمع عنده الخياران وكيف كان فلا يلزم من تعدّدها محذور اللغوية ونحوها . فتحصّل أنّه لا مانع من جريان الخيارات المذكورة في المعاطاة بناءً على أنّها تفيد الملك المتزلزل .

وأمّا على القول بالاباحة فحال المعاطاة على ما عرفت حال بيع المكره وبيع الصرف ، فكما يثبت فيهما خيار المجلس والحيوان ويترتّب عليه الأثر بعد حصول الشرط فكذلك المقام ، وقد ظهر بما بيّناه أنّ مبدأ خيار الحيوان هو زمان حصول أحد الملزمات ، فلا وجه للترديد في مبدئه .

التنبيه الثامن

إذا أوقعا البيع بصيغة غير جامعة لجميع شرائط الصحّة واللزوم فهل يحكم عليها بالمعاطاة ، أو يحكم عليها بالبيع الفاسد ، أو يفصّل بين ما إذا وقع التقابض بعدها فيحكم عليها بالمعاطاة ، وبين ما إذا لم يقع فيحكم عليها بالبيع الفاسد ؟ وجوه .

وقد أطال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] الكلام في المقام بما لا نرى فيه فائدة ، فلذا ندرج الكلام في ذلك فنقول : إن قلنا بعدم اعتبار شيء من الشرائط التي

---

(١) المكاسب ٣ : ١٠٦ .

سيأتي ذكرها في محلّها في صحّة الصيغة وقلنا بأنّ الصيغة لا يعتبر فيها إلّا ما يكون مبرزاً للاعتبار النفساني من دون أن يعتبر فيها الماضوية أو العربية أو غيرهما فلا توجد في الخارج صيغة تكون فاقدة لشيء من شرائط الصحّة إلّا فيما إذا لم يكن مبرزاً للاعتبار النفساني من جهة أنّها لا تكون مشروطة حينئذ بشرط لتكون الصيغة فاقدة له ، وتكون الصيغة العارية عن العربية والماضوية صحيحة كما سيأتي تفصيله إن شاء الله ، ونبيّن هناك أنّ هذا هو الصحيح .

وأمّا إذا قلنا باعتبار شيء في صحّتها كالعربية والماضوية مثلاً ، فلو أوقعا العقد عارياً عن العربية أو الماضوية فحينئذ نسأل أنّ هذا شرط في لزوم الملك أو أنّه شرط في صحّته ، فإن كان شرطاً في لزومه فلازم انتفائه انتفاء لزوم الملك حينئذ وأمّا أصله فلا ، فيكون الملك جائزاً لا محالة ، ففقدان الصيغة لمثل ذلك لا يوجب دخولها تحت المعاطاة أو البيع الفاسد بوجه ، وإنّما هو بيع حقيقي غاية الأمر أنّها تفيد الجواز لا اللزوم .

وأمّا إذا كان ذلك شرطاً في صحّة الصيغة ، فلازم فقدان الصيغة له أن تكون بيعاً فاسداً لا يوجب جواز التصرف في العوضين ولا رفع الضمان ، ولا وجه لإدخاله تحت المعاطاة حينئذ ، وهذا من دون فرق بين ترتّب التقابض عليها وعدمه ، لأنّ القبض المبني على العقد اللفظي ليس إنشاءً فعلياً للتمليك ، بل يكون من قبيل قبض المقامر وإقباضه مترتّباً على القمار من باب الوفاء بالعقد ، فلا يوجب جواز التصرف كبقيّة العقود الفاسدة ، ولا يقال ذلك في المعاطاة على القول بعدم إفادتها الملك ، لأنّ الاباحة في موردها ثبتت بدليل خارجي من سيرة أو إجماع ، ولم يثبت ذلك في المقام .

نعم يستثنى من ذلك موردان على سبيل الاستثناء المنقطع :

أحدهما : ما إذا قصدا بالقبض والاقباض إنشاء التمليك مستقلاً مع قطع النظر

عن العقد اللفظي السابق .

وثانيهما : ما إذا أحرز كلّ من الطرفين رضا الآخر بتصرّفه في ملكه ، فإنّ التصرّف حينئذ سائغ حلال ، ولا إشكال في ذلك أيضاً بوجه ، ولا يختصّ ذلك بالبيع لأنّ الأمر كذلك في جميع المقامات حتّى في مثل القمار ونحوه ، فإنّهما إذا تراضيا بتصرف كلّ في مال الآخر فلا محالة يصير التصرف في المال سائغاً ، إلّا أنّ هذا الجواز حينئذ جواز مالكي قائم باحراز رضاه ، فكلّما أُحرز رضاه فالتصرف حلال ، وأمّا إذا شكّ فيه فلا يسوغ التصرف في ماله ولو كان راضياً بذلك سابقاً كما أفاده الشيخ .

إن قلت : في فرض الشكّ في بقاء الرضا فلماذا لا يجري استصحاب رضاه في صورة سبق العلم بالرضا .

قلت : لأنّ الموضوع في حرمة التصرفات متعدّد وكلّ تصرف من التصرفات الطولية الواقعة في ملك الغير محكوم بالحرمة شرعاً على سبيل الانحلال ، فإذا أحرزنا رضاه بتصرف في زمان فترتفع الحرمة عنه لا محالة ويحكم بالجواز في خصوص ذلك التصرف ، فإذا أردنا بعده تصرفاً آخر فلابدّ من إحراز الرضا فيه أيضاً ، فإن أحرزناه بوجه فهو وإلّا فنحكم بحرمته ، ولا يكفي رضاه بالتصرف السابق في جواز هذا الفرد الآخر من التصرف إلّا إذا كان الرضا السابق رضا بالتصرفات المتأخّرة أيضاً .

وقد ظهر ممّا ذكرنا بطلان قياس المقام بما إذا شكّ في رجوع المالك في المعاطاة ، حيث إنّه يستصحب عدم الرجوع ويترتّب عليه جواز التصرف ، وذلك لأنّ الاباحة في المعاطاة إباحة شرعية مغيّاة برجوع المالك ، فإذا شكّ في تحقّق الغاية استصحب عدمه .

فما أفاده (قدّس سرّه) ممّا لا غبار عليه ، هذا تمام الكلام في المعاطاة .

شروط الصيغة

قدّم شيخنا الأنصاري مقدّمة في المقام وذكر فيها أُموراً منها : أنّ الإجماع المدّعى على اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود إنّما يختصّ بصورة التمكّن من اللفظ ، وأمّا مع العجز عنه كما في الأخرس ففي فرض عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه ، وكذا مع القدرة على التوكيل ، لا لأصالة عدم الاشتراط ، لأنّ الاشتراط هو الأصل ، بل لفحوى ما ورد من أنّ طلاق الأخرس إشارته ، وتخصيصه بفرض العجز عن التوكيل تخصيص بالفرد النادر ، فتجزئ الاشارة من الأخرس مطلقاً .

ومنها : أنّه لو قلنا بأنّ الأصل في المعاطاة هو اللزوم بعد القول بافادتها الملك فالقدر الخارج صورة القدرة على مباشرة اللفظ ، وأمّا غيرها فهو باقٍ تحت الأصل فتلزم معاطاة الأخرس ولا يحتاج إلى الاشارة .

ومنها : أنّ الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة ، لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه ، وأمّا مع القدرة على الاشارة فقد رجّح بعض الاشارة ، ولعلّه لأنّها أصرح ، وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس ، وإليه ذهب الحلّي هناك .

ثمّ بعد ذلك (قدّس سرّه) تكلّم في موادّ الألفاظ وأنّها لابدّ وأن تكون على نحو الحقيقة أو أنّه يكفي كونها مجازاً ، وفي هيئاتها الافرادية وأنّها لابدّ وأن تكون ماضوية أو يكفي غير الماضي أيضاً ، وفي هيئاتها التركيبية وأنّه هل يشترط في الصيغة التوالي بين الايجاب والقبول أو لا يشترط فيها التوالي ، هذا .

وقبل الورود في بيان تحقيق الحال في موادّ الألفاظ وهيئاتها الافرادية أو التركيبية نتكلّم في جهات :

الجهة الأُولى : فيما يقتضيه الأصل العملي عند الشكّ في شرطية شيء أو

مانعيته مع فرض عدم وجود أصل لفظي رافع للشكّ .

فنقول : إنّ مقتضى الأصل كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] هو الاشتراط وعدم ترتّب الأثر على الفاقد لما يحتمل شرطيته .

وربما يقال كما عن بعض محشّي الكتاب[2] إنّ الأصل هو البراءة ، فإنّ حديث الرفع يعمّ الأحكام الوضعية أيضاً ، وقد طبّقه الإمام (عليه السلام) على نفي الصحّة عن الحلف المكره عليه ، فإذا ارتفعت شرطيته بالبراءة لا يبقى مجال لاستصحاب عدم ترتّب الأثر ، لأنّ الشكّ فيه مسبّب عن الشكّ في الشرطية ، والأصل الجاري في السبب حاكم على الأصل الجاري في المسبّب وإن كان الأوّل براءة والثاني استصحاباً ، فلا يتوهّم أنّ الاستصحاب مقدّم على البراءة ، فإنّ ذلك فيما إذا كانا في رتبة واحدة .

والصحيح ما عرفت من أنّ مقتضى الأصل في المقام كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو الاعتبار لجريان استصحاب عدم ترتّب الأثر في الفاقد ولا مجال للبراءة بوجه ، وهذا لا من جهة اختصاص البراءة بالأحكام التكليفية لأنّها كما تجري فيها تجري في الأحكام الوضعية أيضاً ، بل من جهة أنّ هذه الأقسام من الأحكام الوضعية أي الشرطية والجزئية والمانعية غير قابلة للجعل نفياً وإثباتاً وذلك لما بيّناه في محلّه من أنّ الشرطية والجزئية والمانعية أعمّ من أن تلحظ في متعلّقات الأحكام ، بأن يكون شيء شرطاً للمأمور به أو جزءاً له أو مانعاً عنه ، أو أن تلحظ في موضوعاتها كما إذا كان شرطاً للحكم أو جزءاً منه أو مانعاً عنه ممّا لا تناله يد الجعل والتشريع إثباتاً ولا نفياً ، لأنّها من الأُمور الانتزاعية ورفعها

---

(١) المكاسب ٣ : ١١٧ .

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٩٥ .

ووضعها إنّما هو بوضع منشأ انتزاعها ورفعه ، وقد ذكرنا غير مرّة أنّ الشرطية للمأمور به إنما تنتزع عن الأمر بشيء متقيّداً بشيء آخر كما إذا أمر بالصلاة عن طهارة أو مستقبلاً فتنتزع منه شرطية الطهارة والقبلة للصلاة ، كما أنّ جزئية شيء للمأمور به تنتزع عن الأمر بالمركّب منه ومن غيره كما إذا أمر بالمركّب من القراءة والسورة والركوع وهكذا فننتزع منه أنّ السورة جزء لها ، كما أنّ معنى كون شيء شرطاً للحكم أو جزءاً له أخذ ذلك الشيء في موضوعه فينتزع من أخذ شيء في موضوع الحكم أنّه شرط له سواء كان تكليفياً كالاستطاعة المأخوذة في موضوع وجوب الحجّ أو وضعيّاً كالتعدّد المأخوذ في موضوع طهارة المغسول .

وعليه فلا مجال لجريان البراءة عن شرطية شيء للحكم ، لأنّها ممّا لا تناله يد الجعل إثباتاً أو نفياً ، ومرجع الشكّ فيها إلى الشكّ في أخذ ذلك في موضوع الملكية مثلاً وعدمه ، ومع الشكّ في الملكية يرجع إلى استصحاب عدمها وهو المعبّر عنه بأصالة الفساد . فتحصّل أنّ الأصل العملي يقتضي اعتبار اللفظ وغيره ممّا نشكّ في اعتباره في المعاملات .

الجهة الثانية : إذا كان هناك عموم أو إطلاق يقتضي صحّة العقد أو لزومه وثبت الإجماع على اعتبار شرط في ذلك فالظاهر اختصاص اعتباره بصورة التمكّن من إيجاد ذلك الشرط ، وأمّا مع العجز عنه فالاطلاق محكّم للزوم الاقتصار على القدر المتيقّن في المخصّص أو المقيّد اللبّي ، وفي غيره يرجع إلى المطلق أو العام .

وعليه فيكتفى في صحّة عقد الأخرس ولزومه بغير اللفظ من الاشارة أو الكتابة أو المعاطاة بعد كونها بيعاً وعقداً عرفاً ، سواء كان متمكّناً من التوكيل أم لم يكن من دون حاجة إلى التمسّك بفحوى ما ورد في الطلاق أو غيره ، نعم تكون الفحوى مؤيّدة للعمومات والمطلقات ، ويلحق بالأخرس غيره ممّن لا يقدر على الانشاء اللفظي لمرض أو اضطرار أو جهل كلّ من المتبايعين بلغة الآخر أو غير

ذلك ، فالعقود غير اللفظية من هؤلاء تكون لازمة من أوّل الأمر .

الجهة الثالثة : وقع الكلام في أنّ الاشارة تتقدّم على الكتابة في الأخرس ونظائره أو أنّ الأمر بالعكس ، فربما يقال بتقدّم الاشارة على الكتابة من جهة أنّها أصرح من الكتابة ، لاحتمال أن تكون الكتابة لأجل التمرين ونحوه دون الاشارة .

وعن الحلّي[١] أنّ الكتابة متقدّمة على الاشارة لأنّها أضبط لبقائها دون الاشارة كما لا يخفى .

وفيه : على تقدير تسليم الصغرى أنّه لا ينبغي الاعتماد على هذه الوجوه الاستحسانية في مسلك الشيعة لعدم دليل على الاعتبار ، وإلّا فلازمه أن تتقدّم الكتابة على القول أيضاً لأنّها أضبط لبقائها دون القول .

فالصحيح كما ذكرنا صحّة الانشاء بكلّ ما يكون مصداقاً له عرفاً سواء كان لفظاً أو كتابة أو إشارة أو تعاطياً من الطرفين أو إعطاء من طرف واحد أو غير ذلك من غير ترتيب بينها ، نعم في خصوص الطلاق يستفاد تقدّم الكتابة على الاشارة من النصّ[٢]، ولكنّه مختصّ بمورده ولا يتعدّى عنه . ولا وجه لما ذكره السيّد في الحاشية[٣] من إمكان الخدشة في دلالته على الترتيب وأنّه لبيان طرق الافادة وأنّ منها الكتابة ومنها غيرها من سائر الأفعال ، وذلك لأنّ ظهوره في الترتيب غير

---

(١) السرائر ٢ : ٦٧٨ .

(٢) عن البزنطي قال : « سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلّم ، قال : أخرس هو ؟ قلت : نعم ، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهته لها أيجوز أن يطلق عنه وليّه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك ، قلت : فإنّه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلّقها ؟ قال : بالذي يعرف به من حاله (أفعاله) مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها » . الوسائل ٢٢ : ٤٧ / أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ب١٩ ح١ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٦ .

قابل للإنكار .

هذا كلّه في اعتبار أصل اللفظ ، ويقع الكلام في خصوصياته .

بحث في موادّ الصيغة وهيآتها

وبعدما عرفت ذلك نتكلّم في موادّ الألفاظ وهيآتها التركيبية والافرادية .

أمّا موادّها فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ المشهور اعتبار الصراحة فلا ينعقد بالكناية ، وربما بدّله بعضهم باشتراط الحقيقة فلا ينعقد بالمجاز وصرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد ، ثمّ فسّر الصراحة والكناية ونقل أقوال الفقهاء .

والتحقيق أنّ مقتضى الاطلاقات كما عرفت سابقاً عدم اعتبار شيء في المعاملات إلّا صدق عناوينها عرفاً ، وعليه فلابدّ من ملاحظة أنّها في أي مورد صادقة عرفاً وفي أيّها غير صادقة كذلك ، فنقول : إنّه إذا استعمل اللفظ في معناه الحقيقي على نحو لا يحتمل إرادة غيره فلا ينبغي الإشكال في أنّه يوجب صدق عنوانه عليه من البيع والاجارة والنكاح وغيرها ، وهذا ممّا لا إشكال فيه ، كما أنّه إذا استعمل في معناه ولكن كان ظاهراً فيه لا نصّاً كما في الأوّل ، وهذا كما إذا استعمل اللفظ في معناه الحقيقي واحتمل إرادة المعنى المجازي أيضاً ، أو استعمل في المطلق واحتمل إرادة المقيّد منه ، وفي هذه الصورة أيضاً يؤخذ بظاهره ويحكم بإرادة المعنى الحقيقي والمطلق دون المجاز والمقيّد ، وبه أيضاً يصدق عناوين المعاملات عرفاً وهذا كما إذا استعمل البيع في معناه الحقيقي واحتمل إرادة الاجارة منه مجازاً ، أو استعمل النكاح في الدوام واحتمل إرادة الانقطاعي منه ـ وهو المقيّد في مقابل

---

(١) المكاسب ٣ : ١١٩ .

المطلق ، لأنّ الدوام مطلق في مقام التلفّظ والاثبات والانقطاعي مقيّد بذكر الأجل ونحوه ـ فيؤخذ بالبيع والنكاح الدائمي لصدق عنوانهما عرفاً ، لصحّة أن يقال إنّه باع داره أو تزوّج دائماً ، وهذا ظاهر .

وأمّا استعمال الألفاظ الكنائية وهي كما عرّفها التفتازاني(١) على ما هو ببالي عبارة عن استعمال لفظ في معناه الحقيقي بداعي تفهيم معنى آخر ملازم معه ، وبعبارة اُخرى كان المقصود بالأصالة هو المعنى الثاني دون الأوّل الذي استعمل فيه لفظ حقيقة ، وهذا في مقابل المجاز لأنّ المجاز هو استعمال اللفظ في غير معناه الحقيقي ، فإن كان اللفظ المستعمل على وجه الكناية ظاهراً في المكنّي عنه عرفاً ، فلا مانع أيضاً من استعمالها في العقود وإنشائها بها ، سواء كان المكنّي عنه أعمّ من المستعمل فيه أم مساوياً ، لصدق عناوين المعاملات معها ، وهذا كما إذا قال : نقلت مالي إليك بكذا فإنّه لازم مساوٍ للبيع ، لأنّه عبارة عن تبديل مال بمال ، وإن كان هذا المثال قابلاً للمناقشة فيه .

وأمّا الألفاظ المجازية فكذلك لا إشكال في وقوع العقد بها فيما إذا كان اللفظ ظاهراً في المعنى المجازي عرفاً ولو بواسطة القرينة بحيث لا يعدّ من الأغلاط كانت القرينة مقالية أو حالية وكان المجاز قريباً أو بعيداً ، لصدق العناوين المعاملية معه ، وقد عرفت أنّه لا نحتاج في صحّة العقود إلى أزيد من صدق عناوين البيع والنكاح ونحوهما .

ويظهر من الشيخ (قدّس سرّه) التفصيل بين ما إذا كانت القرينة على إرادة المعنى المجازي مقالية فيجوز إنشاء العقد بها وبين ما إذا كانت حالية فلا يجوز بدعوى أنّه مقتضى ما بني عليه من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء العقود الثابت

---

(١) مختصر المعاني : ٢٥٧ .

بالإجماع .

وفيه : أنّه لم يبن في مورد على اعتبار اللفظ في القرينة ولم يقم إجماع عليه فإنّ ما بني عليه بالإجماع إنّما كان اعتبار اللفظ في أصل إنشاء العقد لا في القرينة .

نعم لا يصحّ الانشاء بالمجاز فيما إذا لم يكن صحيحاً عرفاً وعدّه أهل العرف من الأغلاط ولو مع نصب القرينة على المراد ومعلوميته ، وهذا كما إذا قال : أكلت الدار وأراد منه البيع مجازاً ونصب عليه القرينة أيضاً على نحو علمنا بالمراد ، فإنّ العرف يراه من الأغلاط ولا يصدق عليه البيع عرفاً ، فلذا لا يشمله العمومات والاطلاقات . وكذا إذا قال : بعت داري وأراد منه الاجارة أو الصلح ، أو قال : بعت المرأة الفلانية وأراد منه النكاح بحيث عدّ من الأغلاط عرفاً ولو مع معلومية المراد بواسطة القرائن الموجودة ، فإنّه لا يصدق عليه النكاح ولا البيع عرفاً ، ولعلّه المراد بالمجاز البعيد في كلمات الفقهاء .

وأعجب من ذلك التفصيل للشيخ تفصيله في الانشاء بالمشترك اللفظي أو المعنوي بين ما إذا كانت القرينة المعيّنة حالية أو لفظية سابقة على العقد فلا يصحّ إنشاء العقد به وبين ما إذا كانت لفظية متّصلة بالعقد ، وقد ظهر فساده بما ذكرنا .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ كلّ لفظ يكون ظاهراً في معناه عند العرف بحيث يكون مصداقاً للعقد المقصود يصحّ الانشاء به ، سواء كان صريحاً أو كناية حقيقة أو مجازاً قريباً أو بعيداً ، لفظية كانت القرينة أو عقلية ، وقد خرج عن ذلك موردان : أحدهما بالتخصيص ، والآخر بالتخصّص ، والأوّل هو الطلاق حيث ورد فيه أنّه لابدّ من أن يقع بلفظة طالق دون غيرها . والثاني ما إذا أوقعه بلفظ غير ظاهر فيه عند العرف وعدّ عندهم من الأغلاط وإن نصب القرينة على مراده أيضاً كما إذا قال : أكلت الدار بكذا وأراد منه البيع مجازاً وعلمنا خارجاً أنّ المراد بالأكل هو البيع ، إلّا أنّه لمّا كان من الأغلاط عند العرف لم يصدق عليه البيع عندهم

ولأجل عدم كونه مصداقاً للبيع لا تشمله العمومات فلذا يقع باطلاً ، وبعبارة أُخرى : أنّه لابدّ في المعاملات من أن يكون فيها شيء مبرز للاعتبار النفساني لا محالة ، إذ لا يصدق شيء من العناوين المعاملية على مجرد الاعتبار النفساني الخالي عن المبرز ، ومثل قوله : أكلت الدار لا يكون مبرزاً للاعتبار البيعي عند العرف فلذا يعدّونه من الأغلاط ولا يقع البيع به بوجه . هذا كلّه بحسب الكبرى ، ويقع الكلام في تشخيص بعض الصغريات .

وقد تعرّض شيخنا الأنصاري[(١)] لجملة من ألفاظ الايجاب والقبول ، أمّا ألفاظ الايجاب :

صيغ الإيجاب

منها : لفظة بعت ، فإنّها يصحّ أن تقع إيجاباً في البيع بلا إشكال ، بل إيجاب البيع يقع بها كثيراً ، وهي وإن كانت من الأضداد وتشمل الشراء أيضاً إلّا أنّ كثرة استعمالها في البيع توجب انصرافها إليه .

ومنها : لفظ الشراء[(٢)] فإنّه أيضاً يصحّ أن يوقع به إيجاب البيع ، بل قد ادّعي أنّه لم يستعمل في القرآن إلّا في خصوص البيع ، وهو كذلك ، وعليه فلا ينبغي الإشكال في صحّة وقوعه إيجاباً .

ولكنّه ربما يستشكل في ذلك بقلّة استعماله في البيع عرفاً وخلو كلام القدماء

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣٠ .

(٢) ذكر سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) أنّ كلمات الشيخ في المقام غير خالية عن المناقضة الواضحة فإنّه أوّلاً ينفي الإشكال عن وقوع البيع به أي بالشراء ثمّ بعد أسطر يوجّه الإشكال بقوله ولا يخلو عن إشكال ، ونفي الإشكال والإشكال فيه متناقضان جدّاً .

عن الإيجاب به . ويندفع ذلك بأنّ استعماله في البيع في الكتاب الذي هو من أفصح الكلمات وقائله من أفصح الفصحاء يكفي في صحّة وقوعه إيجاباً بعد مساعدة اللغة على ذلك ، فإنّ الشراء لغة أعمّ من البيع والاشتراء .

ومنها : ملّكتك وهو أيضاً يقع إيجاباً في البيع ، وهو بمعنى تمليك الغير الجامع بين التمليك بلا عوض والتمليك بالعوض ، فإن ذكر على نحو الاطلاق ومجرّداً عن ذكر عوضه يكون ظاهراً في التمليك المجّاني الذي هو بمعنى الهبة ، كما أنّه إذا ذكر مع العوض يكون ظاهراً في البيع فإنّه كما عرفت بمعنى مبادلة مال بمال وتمليك بالعوض فالتمليك المطلق نظير الحيوان الجامع بين الإنسان وغيره ، والبيع بمنزلة الإنسان الذي هو بمعنى الحيوان الناطق ، لأنّ البيع بمعنى التمليك بالعوض فلفظة البيع كلفظة الإنسان عبارة عن التمليك مع العوض أو الحيوان مع النطق على نحو الإجمال . وتفصيلهما أي تفصيل البيع والإنسان هو التمليك بالعوض والحيوان الناطق .

وكيف كان ، فلا إشكال في صحّة وقوعه إيجاباً في البيع ، فإذا قال : ملّكتك بعوض كذا وأراد منه الهبة المعوّضة أو الصلح فيبتني صحّتها على صحّة إنشاء عقد بلفظ غيره ، فإنّ التمليك بالعوض بمعنى البيع واستعماله وإرادة الهبة المعوّضة أو الصلح إنّما يصحّ إذا قلنا بصحّة إنشاء العقد إذا وقع بلفظ عقد آخر ، هذا .

وقد فهم بعض المحشّين[1] من عبارة الكتاب أنّه إذا قال : ملّكتك ـ مجرّداً عن ذكر العوض ـ وأراد منه الهبة المعوّضة فهو الذي يبتني صحّته على صحّة إنشاء عقد بلفظ آخر ، فأورد عليه بأنّ الهبة المعوّضة والهبة غير المعوّضة حقيقة واحدة وهو التمليك المجّاني ، وإنّما الاختلاف بينهما في الاقتران بشرط وعدمه ، وإذا كانا حقيقة واحدة فإذا صحّ إنشاء الهبة غير المعوّضة بلفظ ملّكت صحّ إنشاء المعوّضة به أيضاً

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٧ .

فلا معنى لجعل خصوص الثاني مبنيّاً على صحّة إنشاء عقد بلفظ غيره .

ولكنّك عرفت أنّ مراد الشيخ هو ما إذا أُطلق التمليك بالعوض وأُريد به الهبة المعوّضة ، لا التمليك المجرّد عن ذكر العوض ، وهو كما أفاده من باب إيقاع عقد بلفظ عقد آخر ، لأنّ التمليك بالعوض من ألفاظ البيع ، فانشاء الهبة به يكون من إنشاء عقد بلفظ غيره . وكذا الحال إذا أُريد به الصلح فإنّه بمفهومه العام وإن كان يشمل جميع المعاملات إلّا أنّه بالمعنى المصطلح أمر آخر وراء البيع فانشاؤه بالتمليك بالعوض الذي هو البيع يبتني على صحّة عقد بلفظ عقد آخر .

ومنها : الاشتراء ويصحّ إيجاب البيع به ، والإشكال المتقدّم في شريت يجري في المقام أيضاً بل المقام أولى بالإشكال منه ، فإنّ الاشتراء لم يستعمل في القرآن في البيع إلّا في مورد واحد على ما ذكره بعض المفسّرين كما سيأتي ، وهذا بخلاف شريت فإنّه كما عرفت لم يستعمل في الكتاب إلّا في خصوص البيع ، هذا .

ولكن الصحيح أنّه لا مانع من وقوعه إيجاباً للبيع بعد تصريح أهل اللغة كالقاموس(١) بأنّ معنى الاشتراء عبارة عن أخذ شيء وترك شيء آخر ، وعدم استعماله في كلمات العرف والأصحاب أو الكتاب لا يكون مانعاً عن صحّته ، نعم لم يستعمل في الكلمات المتداولة بل ولا في الكتاب المجيد في البيع إلّا في قوله تعالى : **﴿بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمَا أَنزَلَ اللهُ بَغْياً﴾**(٢) على ما ذكره بعض المفسّرين ، فإنّهم فسّروا الاشتراء بالبيع ، أي بئسما باعوا به أنفسهم ، إذ لا معنى لشراء الإنسان نفسه .

إلّا أنّ الصحيح إمكان إبقائه على ظاهره من الشراء المتعارف ، بأن يكون

---

(١) القاموس المحيط ٤ : ٣٤٧ .

(٢) البقرة ٢ : ٩٠ .

المعنى شراء بعضهم نفس البعض الآخر على ما هو ظاهر إضافة الجمع إلى الجمع، كما في قوله تعالى ﴿فَاقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾(١) إذ ليس المراد منه أن يقتل كلّ منهم نفسه، بل المراد قتل بعضهم بعضاً.

فالظاهر من الآية الواردة في ذمّ علماء اليهود وعوامهم على ما يستفاد من مقارناتها أنّه بئس ما اشترى العوام به نفس علمائهم، فإنّ العلماء باعوا أنفسهم من العوام تحفّظاً على مقامهم وجاههم، وبئس ما اشترى به العلماء نفس عوامهم، فإنّهم باعوا أنفسهم من العلماء خوفاً أو طمعاً. وقد فسّره بعض المفسّرين أيضاً بالشراء المتعارف، إلّا أنّه وجّهه بتوجيه غير مرضي.

وكيف كان لم نجد استعمال الاشتراء بمعنى البيع في شيء من الآيات حتّى الآية المزبورة، لكن مع ذلك يصحّ إيجاب البيع به، لما عرفت من جوازه بكلّ لفظ يكون مصداقاً للبيع عرفاً.

وربما نوقش(٢) في صحّة ذلك بأنّ الاشتراء من باب الافتعال وهو ظاهر في المطاوعة وهي قبول فعل الغير، فكيف يصحّ استعماله في الايجاب.

وفيه: أنّ الافتعال وإن كان للقبول إلّا أنّه ليس لخصوص مطاوعة فعل الغير بل يصحّ إطلاقه في مورد قبول الطبيعة أعني فعل نفسه كما في الاكتساب والابتداع إذ لا يراد به قبول كسب الغير أو إبداع الغير، بل المراد به قبول طبيعي الكسب والابداع.

والحاصل أنّه يجوز إيجاب البيع بكلّ من هذه الألفاظ بل وبغيرها ممّا يكون مصداقاً للبيع عرفاً كلفظ نقلت وشبهه.

---

(١) البقرة ٢ : ٥٤.

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٤٤.

ثمّ إنّ في الاشتراء إشكالاً آخر وهو أنّه إذا بنينا على صحّة وقوعه إيجاباً في المعاملة فكيف يتميّز البائع عن المشتري في البيع ، لأنّه كما صحّ أن يقع إيجاباً كذلك يصحّ أن يقع قبولاً ، فبأيّ شيء يتميّز البائع عن المشتري ، هذا .

ولا يخفى أنّه بناءً على عدم جواز تقديم القبول على الايجاب فلا ينبغي الإشكال في أنّ المتقدّم منهما موجب والمتأخّر مشترٍ فتميّز أحدهما عن الآخر ظاهر ولا سترة عليه ، وأمّا بناءً على جواز تقديم القبول على الايجاب فلابدّ من الاعتماد في تميّز أحدهما عن الآخر على القرائن الحالية أو المقالية ، هذا .

وقد أورد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على الاعتماد على القرائن الحالية كغلبة تقدّم الايجاب على القبول بناءً على جواز تقديم القبول على الايجاب : بأنّ الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود يقتضي عدم صحّة الاتّكال على القرائن غير اللفظية ، ثمّ أجاب عنه بأنّ الإجماع إنّما قام على اعتبار اللفظ في العقود لا في تميّز البائع عن المشتري ، هذا .

وقد ذكرنا نحن أنّه لا أساس لهذا الإجماع رأساً ، ولو كان فإنّما هو في اعتبار اللفظ في أصل الانشاء وأمّا في تشخيص المراد فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيه ولعلّه واضح . هذا تمام الكلام في ألفاظ الايجاب .

فالمتحصّل : أنّ كلّ لفظ ظاهر في العقد عند العرف على نحو لا يعدّ من الأغلاط عندهم لا مانع من وقوعه إيجاباً .

صيغ القبول

وأمّا ألفاظ القبول ، فلا إشكال في وقوعه بلفظ قبلتُ ورضيت واشتريت

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣٣ .

وشريت وابتعت وتملّكت وملكت بالتخفيف ، وهل يصحّ بلفظ بعت أو ملّكت بالتشديد ؟ الظاهر صحّة ذلك ، لأنّ البيع والتمليك بالعوض يعمّان البيع والشراء بحسب اللغة ، وغاية ما هناك أن يكون من إنشاء القبول بالألفاظ المجازية ، بل لو قلنا بأنّ البيع مشترك بين البيع والشراء يكون إنشاء القبول به من الانشاء باللفظ المشترك ، وكلاهما صحيح كما عرفت .

بل يمكن أن يقال بكفاية الايجاب من الطرفين في صحّة العقد ولو لم يكن في البين قبول أصلاً كما إذا أنشأ كلّ منهما تبديل عين ماله بشخص مال الآخر مقارناً فقال أحدهما بعت داري ببستانك ، وقال الآخر بعت بستاني بدارك صحّ ذلك لصدق عنوان العقد والتجارة عن تراض ، فإنّ العقد عبارة عن الالتزامين المربوط أحدهما بالآخر ، وهو متحقّق في الفرض ، كما أنّ التجارة عن تراض لم يؤخذ فيها القبول . نعم لا يصدق عنوان البيع والشراء على ذلك ، فلا يترتّب عليه أحكام البيع والشراء . وقد ذكرنا سابقاً(١) أنّه إذا قصد كلّ من المتعاملين خصوصية مال الآخر فلا يكون بيعاً ولا يترتّب عليه أحكام البيع ، والمقام من هذا القبيل .

وهل ينعقد القبول بلفظ أنفذت أو أمضيت أو أجزت وشبهها ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنّ فيه وجهين ولم يعيّن أحدهما . وعن بعض مشايخنا المحقّقين(٣) أنّ الانفاذ والامضاء ونحوهما إنّما تلحق العقد التامّ مع قطع النظر عن الامضاء كعقد الفضولي والمكره ، والايجاب وحده مع قطع النظر عن الامضاء ليس عقداً تامّاً .

---

(١) في الصفحة ١٠ .

(٢) المكاسب ٣ : ١٣٤ .

(٣) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٢٧٣ .

وفيه : أنّه لا مانع من إبراز القبول بكلّ لفظ كاشف عنه عرفاً ، فيتحقّق العقد بنفس الامضاء .

تعيين الموجب والقابل

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري(١) تعرّض لصورة الاختلاف في تعيين الموجب والقابل وخصّ ذلك بما إذا أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول فاختلفا في تعيين الموجب والقابل منهما فادّعى كلّ واحد منهما أنّه موجب أو قابل بناءً على جواز تقديم القبول ، وأمّا بناءً على عدم جوازه فالمتقدّم منهما وإن كان موجباً إلّا أنّهما اختلفا في المتقدّم وأنّ أيّهما متقدّم ، هذا .

ولكنّك خبير بأنّ هذا النزاع لا يختصّ بما إذا أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ، إذ لو فرضنا أنّهما أوقعاه بغير الألفاظ المشتركة أيضاً يصحّ النزاع في أنّ أيّهما موجب وأيّهما قابل وأنّ المتلفّظ باللفظ المخصوص بالايجاب أيّهما ولعلّ الشيخ ذكره مثالاً لا أنّه من جهة الاختصاص .

وكيف كان ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّه لا يبعد التحالف حينئذ وعدم ترتيب شيء من الآثار المختصّة بكلّ من البيع والاشتراء على شيء منهما هذا .

ولا يخفى أنّه لا أثر مهمّ يختصّ بخصوص البائع أو المشتري ليقع الاختلاف في تعيين المشتري أو البائع وتميّزه عن غيره ، لأنّ قاعدة « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »(٢) غير مختصّة بالبائع وتجري في المشتري أيضاً للإجماع ، أو لأنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣٤ .

(٢) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب٩ ح١ .

المراد بالمبيع أعمّ من المثمن والثمن فلا يبقى أثر يختصّ بهما أبداً إلّا خيار الحيوان لأنّه يختصّ بخصوص المشتري لقوله (عليه السلام) « صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيّام »(١) ونزاعهما في تعيين البائع والمشتري يرجع إلى الاختلاف في أنّ البيع خياري أو لازم ، لأنّ من انتقل إليه الحيوان بادّعائه أنّه مشترٍ يدّعي أنّ البيع جائز وله الخيار ، فيكون مدّعياً لمخالفة قوله الأصل ، ومن يدّعي أنّ صاحب الحيوان هو البائع ولا خيار في البين يكون منكراً لموافقة قوله للأصل ، فلا وجه لاحتمال الحكم بالتحالف في المقام ، لأنّه عليه يكون أحدهما مدّعياً والآخر منكراً ، فلابدّ من إعمال قواعد المدّعي والمنكر ، ولا يجري الحكم بالتحالف لاختصاصه بما إذا كان كلّ واحد منهما مدّعياً من جهة ومنكراً من جهة أُخرى ، والمقام ليس من هذا القبيل .

ولعلّ الوجه فيما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام من أنّه لا يبعد الحكم بالتحالف هو ما عنونوه في باب القضاء من أنّ المناط في تعيين المدّعي والمنكر هو الدلالة المطابقية أو الأعمّ منها ومن الدلالة الالتزامية .

فإن قلنا بأنّ المناط أعمّ من المطابقية والالتزامية ، فمدّعي اللزوم في المقام يكون منكراً بالدلالة الالتزامية لما ادّعاه خصمه من الخيار فيكون أحدهما مدّعياً والآخر منكراً ولا يبقى للتحالف مجال .

وأمّا إذا قلنا بأنّ المناط إنّما هو الدلالة المطابقية فكلّ واحد منهما يكون مدّعياً لأنّ أحدهما يدّعي الخيار والآخر يدّعي اللزوم ، والحكم فيه هو التحالف . ولعلّ شيخنا الأنصاري لم يكن جازماً بأحد الطرفين في باب القضاء وكان مائلاً إلى الاحتمال الثاني من الاحتمالين أعني الاعتبار بخصوص الدلالة المطابقية ، فلذا ذكر أنّه لا يبعد الحكم بالتحالف فلا تغفل .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح٢ .

الكلام في اعتبار العربية وعدمه

كلامنا في المقام يقع في مسائل أربع :

المسألة الأُولى : وقع الخلاف في اعتبار العربية في العقود ، واستدلّ لأصل اشتراط العربية بوجوه :

الأوّل : التأسّي لأنّ النبي (صلّى الله عليه وآله) كان يتكلّم بالعربية في عقوده وإيقاعاته ، ومقتضى التأسّي به (صلّى الله عليه وآله) أن يعتبر العربية في جميع العقود والايقاعات .

الثاني : الأولوية ، لأنّا إذا بنينا على عدم صحّة العقد العربي غير الماضي فلابدّ من أن نلتزم بعدم صحّة العقد غير العربي بطريق أولى .

الثالث : أنّ العقد إنّما يصدق على العربي فما لا يكون عربيّاً لا يصدق عليه العقد عرفاً فلا محالة يقع باطلاً .

والجواب عن الوجه الأوّل : أنّه لا دليل على وجوب التأسّي بالنبي (صلّى الله عليه وآله) بل ولا على استحبابه في غير الأحكام ، وإلّا فلازم ذلك أن يقال بحرمة التكلّم بغير العربي في المحاورات العرفية عند التمكّن من العربي ، لأنّ النبي (صلّى الله عليه وآله) كان يتكلّم في جميع محاوراته بالعربية ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به ، لأنّه (صلّى الله عليه وآله) إنّما كان يتكلّم بالعربي لكونه عربياً لا من جهة وجوبه ولزومه هذا كلّه مضافاً إلى أنّ التأسّي على تقدير وجوبه حكم تكليفي يوجب مخالفته استحقاق العقاب وهو لا ربط له بالمقام ، لأنّ الكلام في وجوبه الوضعي واشتراطه في العقود وعدمه وهو أجنبي عن الحكم التكليفي .

وأمّا الجواب عن الوجه الثاني : فهو أنّه لا معنى للأولوية في المقام ، لأنّ فساد العقد العربي غير الماضي إنّما هو من جهة عدم كونه ماضياً لا من جهة أنّه ليس عربياً ، ولازم ذلك صحّة التعدّي إلى العقد الفارسي غير الماضي ويقال إنّه أيضاً

فاسد بطريق أولى ، وأمّا التعدّي إلى الفارسي الماضي فهو ممّا لا محصّل له بوجه ، إذ ما معنى أن يقال إنّ الفارسي الماضي باطل بطريق أولى من جهة بطلان العربي غير الماضي ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا الجواب عن الوجه الثالث : فهو أنّ العقد لا يتوقّف صدقه على أن يكون عربياً وإلّا فلازمه أن لا يكون في العالم عقد ولا إيقاع إذا لم يكن في العالم عربي وهو كما ترى .

والتحقيق أنّه إذا فرضنا عدم تمامية العمومات والاطلاقات الواردة في أبواب العقود والايقاعات وكان الدليل على صحّة العقود هو الإجماع فلابدّ من اعتبار العربية في العقود من باب أنّ العربي هو المقدار المتيقّن في العقود والايقاعات ، إذ مع عدم كونه عربياً نشكّ في صحّته ونحتمل الفساد ، ومع الشكّ في الصحّة والفساد أصالة الفساد محكّمة ، لأنّ المفروض أنّه لا إطلاق ولا عموم في البين يقتضي صحّة العقد الفاقد للعربية ، وكيف كان فأخذ العربية في صحّة العقود حينئذ إنّما هو من جهة الاحتياط والأخذ بالمقدار المتيقّن لا من جهة دلالة الدليل على اعتبارها وذلك ظاهر .

وأمّا مع تمامية المطلقات والعمومات كقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[1] و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[3] فلا مجال للشكّ في الفاقد للعربية بوجه ، فإنّ مقتضى الاطلاق عدم اعتبار العربية أبداً ، وأنّ العربي وغير العربي كلاهما صحيحان إلّا فيما قام الدليل على اشتراط العربية فيه بالخصوص كالطلاق .

---

(١) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

وأمّا في غيره فلا وجه لاعتبارها ، نعم الاحتياط الشديد في النكاح يقتضي اعتبار العربية فيه ، لكثرة اهتمام الشارع به .

المسألة الثانية : إذا قلنا باعتبار العربية في العقود والايقاعات ، فهل اللازم أن يكون جميع ألفاظ العقد من أوّلها إلى آخرها عربية أو أنّ اللازم هو العربية في خصوص إنشاء العقود والايقاعات ، وأمّا غيره كألفاظ الثمن والمثمن أو الشروط المذكورة فيهما فلا مانع من ذكرها بغير العربية أيضاً ، فإذا قال بعت إين دار را بده درهم ، فلا محالة يقع البيع صحيحاً ؟

إذا قطعنا النظر عن الاطلاقات الواردة في العقود والايقاعات فلا محيص عن اعتبار العربية في جميع أجزاء العقد من أوّلها إلى آخرها ، للشكّ في صحّة مثل بعت إين دار را بده درهم ، ومع الشكّ في ذلك فأصالة الفساد تقتضي الفساد كما هو واضح وفاقاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في المقام حيث قال : الأقوى هو الأوّل ، يعني اعتبار العربية في جميع أجزاء العقد .

نعم مع النظر إلى المطلقات كقوله تعالى **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** و **﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** و **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(٢) لا يعتبر العربية في العقود أصلاً ، فضلاً عن اعتبارها في جميع أجزاء العقد ، إلّا أنّ مفروض كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إنّما هو عدم الاطلاق والعموم فراجع ، هذا كلّه فيما إذا كان ذكر الثمن والمثمن وغيرهما من متعلّقات البيع أو غيره من العقود معتبراً .

وأمّا إذا قلنا بعدم اعتبار ذكرها في ايجاب البيع كعدم اعتبار ذكرها في القبول قطعاً لأنّه لا يجب عليه أن يقول قبلت الدار بكذا ، فلا ينبغي الإشكال في عدم

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣٦ .

(٢) تقدّم تخريج الآيات آنفاً .

اعتبار العربية فيها مطلقاً ـ كان هناك إطلاق أم لم يكن ـ لأنّ غاية ما هناك أن يكون ذكر الثمن والمثمن بغير العربي لغواً حينئذ ، وأمّا كونه مبطلاً للبيع فهو ممّا لا يحتمل بوجه .

المسألة الثالثة : هل يشترط في صحّة العقود أن يكون العاقد عالماً بوضع اللفظ وبمعناه تفصيلاً ، بأن يعلم أنّ معنى البيع ماذا ومعنى التاء في بعت أي شيء وأنّه للاسناد إلى نفسه ، والبيع يستفاد من مادّة بعت ، أو أنّه لا يشترط ذلك في صحّتها بل إذا علم إجمالاً بأنّ معنى مجموع هذا الكلام هو بيع الدار بكذا وإن لم يعلم أنّ أيّها استفيد من أيّ لفظ من الألفاظ ، واحتمل أن يكون التاء بمعنى البيع والبيع بمعنى الاسناد يكفي ذلك في صحّته ؟

لا ينبغي الإشكال في أنّه إذا لم يعلم معنى اللفظ بخصوصه لا يكون استعماله اللفظ جارياً على قانون الوضع ، لأنّ معنى الاستعمال كذلك كما ذكرناه في الأُصول عبارة عن استعمال اللفظ بقصد تفهيم معناه ، ومع الجهل بالمعنى كيف يقصد تفهيمه للمخاطب ، إلّا أنّ الاستعمال كذلك لا يشترط في صحّة العقود ، وإنّما المعتبر في صحّتها أن يكون هناك شيء مبرز للاعتبار النفساني ، ولا ينبغي الإشكال في أنّه بتكلّمه بلفظة بعتُ يبرز اعتباره وإن لم يعلم بأنّ معنى البيع بخصوصه ماذا ومعنى التاء بخصوصه أيّ شيء ، وذلك لأنّ المفروض أنّه يعلم بأنّ مجموع هذه الكلمة بمعنى كذا وإن لم يعلم أنّ أيّها استفيد من أي لفظ ، فيعلم أنّه باستعماله ذلك باع داره فيكون استعماله مبرزاً لاعتباره النفساني لا محالة ، وهذا كما إذا علم إجمالاً بأن جئني بالماء إنّما يقال عند العرب فيما إذا كان عطشاناً وطالباً للماء وإن لم يعلم أنّ معنى جئني أي شيء ومعنى الماء أي شيء فإنّه إذا عطش وقال : جئني بالماء فلا محالة يبرز مقصوده بذلك خارجاً وإن لم يعلم بمعاني الكلام تفصيلاً وذلك ظاهر .

ثمّ إنّ هذه المسألة والمسألة التي تأتي بعدها غير مختصتين بما إذا اشترطنا

العربية في العقود على ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بل تأتيان على القول بصحّة العقد غير العربي أيضاً ، وأنّه إذا قال : فروختم بكذا ، لابدّ أن يعلم أنّ البيع استفيد من مادّة فروختم وأنّ الاسناد استفيد من لفظة ميم ، أو أنّه إذا علم إجمالاً بأنّ فروختم بمعنى بعت وإن لم يعلم أنّ أيّها استفيد من أي لفظ ، كان كافياً .

المسألة الرابعة : هل يعتبر عدم اللحن في العقود أو لا ، فإذا قال : بعت بالفتح أو فروختم بكسر الفاء كان صحيحاً ؟

إذا قطعنا النظر عن الاطلاقات الواردة في العقود والايقاعات فلا محيص عن اعتبار عدم اللحن للشكّ في صحّة الملحون ، ومع الشكّ فأصالة الفساد تقتضي الفساد ، ولم يعلم وجه ما ذكره السيّد في حاشيته(١) معلّقاً على قول شيخنا الأنصاري « الأقوى ذلك » من أنّ المتعيّن خلافه ، وذلك لأنّ مفروض كلام الشيخ إنّما هو مع عدم الاطلاق والعموم ، وقد عرفت أنّ الصحيح حينئذ هو ما أفاده (قدّس سرّه) لاحتمال الفساد مع اللحن ومعه يرجع إلى أصالة الفساد . نعم بالنظر إلى المطلقات لا يعتبر عدم اللحن لشمولها للملحون أيضاً .

والتحقيق أن يقال : إنّ اللحن من حيث المادّة أو الهيئة تارةً يكون نوعياً ودارجاً عند العرف وظاهراً في المعنى عندهم ، وهذا ممّا لا إشكال في صحّته وجواز الاكتفاء به في العقود ، لأنّه مبرز للاعتبار النفساني عندهم ، فإذا قال : جوّزتك عوض زوّجتك يقع صحيحاً لا محالة ومبرزاً للاعتبار وهو كافٍ في صحّة العقود وإن كان غلطاً بحسب اللغة .

واُخرى يكون اللحن شخصياً ولا يكون متعارفاً عند العرف بوجه بل يعدّه العرف من الأغلاط ولا يراه مبرزاً للاعتبار كما إذا قال : بَعْت عوض بِعت ، أو قال :

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٧ .

فخست عوض فسخت ، فلا محالة يقع باطلاً ، لأنّ العرف لا يرى مثله كاشفاً عن الاعتبار بوجه ، وهذه المسألة أيضاً غير مختصّة بما إذا اشترطنا العربية في العقود كما أشرنا إليه آنفاً .

الكلام في اعتبار الماضوية في العقود وعدمه

المشهور اشتراط الماضوية في العقود وعدم وقوعها بالمضارع والأمر ، بل حكي الإجماع على ذلك واستدلّ عليه : بأنّ الماضي صريح في الانشاء وأمّا المضارع فهو أشبه بالوعد والأمر بالاستدعاء فليسا ظاهرين في إنشاء التمليك كالماضي . وبأنّ المتعارف في باب العقود والايقاعات إنّما هو الماضي دون المضارع والأمر والعمومات الواردة فيهما ناظرة إلى إمضاء العقود والايقاعات المتعارفة ، هذا .

ثمّ أشار شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] إلى الروايات الدالّة على صحّة الايجاب بلفظ المضارع وقوّى صحّة العقود بغير الماضي فيما إذا كان صريحاً في الانشاء على وجه لا يحتاج إلى القرينة ثمّ أمر بالتأمّل ، هذا .

ولا يخفى عليك ضعف ما استدلّ به على اعتبار الماضوية في العقود ، أمّا الثاني فلأنّ إنشاء العقد بلفظ المضارع والأمر أيضاً متعارف عندهم ، فيقول أحدهما للآخر أبيعك هذا بدرهم ويقول الآخر قبلت ، وهذا واقع في الفارسية والعربية كثيراً وليس أمراً خارجاً عن المتعارف بين الناس ، كما يقولون في الهبة خذ هذا المال وهو أمر ، فإذا صحّ استعمال الأمر في الهبة فيصحّ استعماله في البيع لا محالة ، لما مرّ من أنّ الهبة والبيع مشتركان في اشتمالهما على التمليك ، غاية ما هناك أنّ الهبة تمليك مجّاني والبيع تمليك في مقابل مال . هذا مضافاً إلى أنّه لا اعتبار بالتعارف بعد كون الصيغة

---

(١) المكاسب ٣ : ١٣٨ .

مبرزة للاعتبار النفساني عرفاً وتحقّق مصداق العقد خارجاً .

وعليه فلا مانع من إنشاء التمليك بالمضارع والأمر بوجه فيما إذا كانا ظاهرين في الانشاء . نعم البحث في أنّهما ظاهران فيه أو غير ظاهرين بحث آخر لا ربط له بالمقام ، فإنّ الكلام بعد الفراغ عن ظهورهما في ذلك كما هو ظاهر وقد عرفت أنّهما ظاهران في الانشاء عند العرف إلّا في بعض الموارد والمقامات كما إذا أمرنا الدلّال في الطريق ببيع شيء من أشيائنا بأن قال : بع عباءك بكذا ، فإنّه غير ظاهر في الانشاء كما هو واضح .

وأمّا الاستدلال للأوّل من عدم صراحة المضارع والأمر في الانشاء ففيه : أنّ الصراحة من حيث الهيئة غير معتبرة قطعاً ، إذ ليس في هيئات ألفاظ العقود ما تكون متمحّضة في الانشاء حتّى هيئة الماضي ، فإنّها تستعمل في الاخبار كثيراً ومنه يعلم فساد تقييد جواز الانشاء بالمضارع بفرض صراحته في الانشاء .

بقي هناك أمر لم يتعرّض له شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهو أنّ العقود هل يصحّ إنشاؤها بالجمل الاسمية كقوله : هذا لك ، أو يشترط أن يكون الانشاء بالجمل الفعلية دائماً ؟

الظاهر عدم اعتبار الفعلية ، لتعارف الانشاء بالاسمية أيضاً كما تراهم يقولون : هذا لك في مثل البيع والهبة وهو ظاهر في المعنى المقصود عرفاً . نعم الانشاء بمثل أنا بائع لك أو أنت مشترٍ لهذا بكذا غير صحيح عند العرف جدّاً ، لعدم ظهور مثله في الابراز عن الاعتبار النفساني ، فيكون إبرازه بمثله غلطاً عند العرف فلا يصدق عليه البيع ولا النكاح ولا غيرهما من العقود والايقاعات إلّا في مثل الطلاق والعتق ، فإنّ انشاءهما بالجملة الاسمية صحيح ، وقد خرجا عمّا ذكرناه بالتخصيص لصحّة الطلاق بمثل أنت طالق أو زوجتي هي طالق وعدم وقوعه بغيرهما ، وكذا العتق فإنّه إنّما ينشأ بمثل قولنا أنت حرّ لوجه الله .

فالمتحصّل : أنّ العقد يصحّ بالجملة الاسمية أيضاً في الجملة لا في جميع الموارد هذا كلّه فيما يرجع إلى الهيئة الافرادية في الايجاب والقبول .

تقدّم الإيجاب على القبول

وأمّا ما يرجع إلى هيئتهما التركيبية فقد اشترطوا تقدّم الايجاب على القبول بل حكي عليه الإجماع ، وخالفهم في ذلك الشيخ في باب النكاح من المبسوط[١] وإن وافقهم في البيع منه[٢] وفصّل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] في المقام تفصيلاً لعلّه لم يسبقه إليه غيره ، وملخّصه أنّ القبول على أقسام : فقسم منه يفيد إنشاء التملّك باستقلاله سواء تقدّمه إيجاب أم لم يتقدّم ، ولم يؤخذ فيه معنى المطاوعة وهذا كملكت بالتخفيف وابتعتُ فإنّه يفيد الانشاء باستقلاله من دون أن يتوقّف على سبق الايجاب كما هو ظاهر . وقسم آخر منه قد أُخذ فيه المطاوعة يتوقّف إنشاء التملّك به على تقدّم الايجاب عليه كما في مثل قبلت ورضيت فإنّه إنّما يفيد إنشاء التملّك فيما إذا سبقه الايجاب ويستفاد الانشاء من وقوعه بعد الايجاب لا منه بنفسه ، وهذا نظير تحريك الرأس في إفادة الحكاية فإنّه إنّما يفيدها فيما إذا وقع بعد السؤال عن مثل مجيء زيد ونحوه فيحرّك رأسه ويستفاد منه الحكاية عن مجيئه أو عدمه ، وأمّا إذا وقع قبل السؤال فلا يستفاد منه الحكاية بوجه فيكون لغواً محضاً .

أمّا القسم الأوّل فلا إشكال في صحّة تقديمه على الايجاب لأنّه يفيد إنشاء التملّك بنفسه ، ولا يعتبر في العقد إلّا ذلك ، نعم لا يصدق عليه القبول اصطلاحاً

---

(١) المبسوط ٢ : ٨٧ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٩٤ .

(٣) المكاسب ٣ : ١٤٣ .

ولكنّه لا يضرّ بصحّته لما مرّ سابقاً من أنّه لم يقم دليل على اعتبار القبول في العقد وإنّما المعتبر أن يصدق عليه البيع أو النكاح أو غيرهما من العناوين المعامليّة ليشمله العمومات ، والأمر في المقام كذلك ولعلّه ظاهر .

وأمّا القسم الثاني فأفاد بأنّه لا يصحّ تقديمه على الايجاب لوقوعه لغواً لعدم إفادته الانشاء حينئذ ، لأنّه إنّما يستفاد من سبق الايجاب عليه ومعه لا يبقى لصحّته مجال . فهذا ليس من جهة أنّ الرضا لا يمكن أن يتعلّق بالاُمور المتأخّرة ، لوضوح أنّه كما يصحّ أن يتعلّق بالأمر المتقدّم كذلك يصحّ أن يتعلّق بالأمر المتأخّر أيضاً ، بل من جهة أنّ مجرد الرضا لا يكفي في صحّة العقود ، بل لابدّ وأن يكون على وجه يتضمّن إنشاء نقل المال ، والفرض أنّ مثله لا يفيد الانشاء فيما إذا كان متقدّماً على الايجاب .

ثمّ نقل الكلام إلى القسم الثالث من القبول وهو ما إذا كان بلفظ الأمر والاستيجاب ، وأفاد أنّ تقدّمه على الايجاب غير جائز ، لأنّ الأمر غايته أن يكون ظاهراً في الرضا بالمعاوضة المستقبلة وكاشفاً عنه لا محالة وقد تقدّم أنّ مجرد الرضا لا يكفي في صحّة العقود بل لابدّ من أن يكون على نحو يفيد الانشاء ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

ولا يخفى عليك أنّ الكلام تارةً في مقام الاثبات وأنّ مثل قبلت أو الأمر عند تقدّمهما على الايجاب هل يكون ظاهراً في انشاء التملّك أو لا يكون ، وهذا بحث صغروي ولا كلام لنا فيه ، وإنّما البحث في كبرى صحّة إنشاء العقد بالقبول المتقدّم على الايجاب بعد الفراغ عن كونه ظاهراً في إنشاء التملّك كما إذا قال : رضيت بكون هذا المال ملكاً لي في مقابل كذا ، أو قبلت أن يكون كذا في مقابل كذا ، وهذا ظاهر بل صريح في إنشاء التملّك كما لا يخفى ، ولا وجه للمنع عن صحّته أبداً ، وهو نظير التملّك الذي صرّح بجواز تقديمه على الايجاب .

وبالجملة : المعتبر في صحّة العقد كما أشرنا إليه سابقاً أن يكون على نحو يصدق

عليه البيع أو غيره من العناوين عرفاً ، وبعده يشمله العمومات كعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] أو ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٢] ونحوهما ، وكذا الحال في الأمر فيما إذا كان ظاهراً في إنشاء التملّك كما إذا قال أعطني هذا المال في مقابل كذا ، وهذا ظاهر بعد التأمّل ، ويؤيّده الروايات[٣] الواردة في صحّة النكاح بالاستيجاب .

لا يقال : إنّ القبول اصطلاحاً قد أُخذ فيه المطاوعة ، ولازمه أن يتأخّر عن الايجاب ، وفيما إذا تقدّم عليه فلا يصدق عليه القبول اصطلاحاً ، والقبول ممّا لابدّ منه في صحّة العقد .

فإنّه يقال : لم يقم دليل على اعتبار القبول بمعنى المطاوعة في العقد ، بل اللازم ربط الالتزام بالالتزام الآخر في مقابل الايقاعات ، وهذا كما يتحقّق فيما إذا تأخّر القبول عن الايجاب كذلك يتحقّق فيما إذا تقدّم عليه ، على أنّا لو سلّمنا اعتبار المطاوعة في العقد فليس المراد بها مطاوعة فعل الموجب بمعناه المصدري ، بل بمعناه الاسم المصدري أعني المنشأ من المبادلة ونحوها كما مرّ في الاكتساب ، وهي غير متوقّفة على تحقّق الايجاب . هذا كلّه في العقود التي يعتبر فيها عقد الالتزام بالالتزام ، وأمّا ما يكفي في صحّته مجرد الرضا فلا مانع فيه من تقديم القبول على الايجاب مطلقاً ولو كان بمثل قبلت أو رضيت ، لأنّ الرضا كما يتعلّق بالأمر المتقدّم كذلك يتعلّق بالأمر المتأخّر ، وذلك ظاهر .

ثمّ قال الشيخ (قدّس سرّه)[٤] إنّ العقود التي لا قبول فيها إلّا بلفظ قبلت أو

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) راجع الوسائل ٢١ : ٤٣ / أبواب المتعة ب١٨ .

(٤) المكاسب ٣ : ١٥٣ .

رضيت أو ما يتضمّن معناهما كما في الهبة والقرض ـ فإنّه لابدّ أن يقول في القبول اتّهبت واقترضت أو رضيت أو قبلت ـ لا يجوز تقديم القبول فيها على الايجاب لعدم صحّة تقديم قبلت على الايجاب ، ولا قبول آخر فيه يجوز تقديمه على الايجاب حسب الفرض . وكذا لا يجوز تقديم القبول على الايجاب في المصالحة ، لأنّ الفعل الصادر من كلّ واحد من المتصالحين شيء واحد وليس حاله حال البيع الذي يختلف فيه فعل البائع عن المشتري ، لأنّ البائع إنّما ينشئ التمليك والمشتري ينشئ التملّك ، فكلّ من صدر منه إنشاء التمليك فهو بائع لا محالة تقدّم أو تأخّر ، كما أنّ كلّ من صدر منه إنشاء التملّك فهو مشترٍ تقدّم أو تأخّر ، وهذا بخلاف المصالحة لأنّ كلّ واحد منهما يصالح الآخر ففعل أحدهما عين فعل الآخر لا محالة ، وإنّما يتميّز الموجب فيها عن القابل بالتقدّم والتأخّر ، فإذا قال أحدهما : صالحتك على أن يكون كذا بكذا فلابدّ للآخر أن يقول قبلت أو رضيت ، إذ لو قال الآخر أيضاً صالحتك فيكون إنشاءً آخر نظير الانشاء الصادر من الأول ، فيكون كلّ واحد منهما موجباً ولا يكون هناك قبول ، وقد قام الإجماع على اشتراط القبول في العقود ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام بطوله .

أمّا ما ذكره من أنّه لا قبول في الهبة والقرض بغير قبلت ورضيت ، ففيه : أنّ الهبة ليست إلّا التمليك مجّاناً وقبولها عبارة عن التملّك بلا عوض نظير البيع ، غاية الأمر أنّ التمليك والتملّك فيه في مقابل العوض وفي الهبة لا يكونان في مقابل العوض وعليه فيصحّ أن يقول في مقام القبول تملّكت هذا بلا عوض أو ملكته كذلك كما كان يقول في البيع ملكته بكذا ، ومن الظاهر أنّه لا مانع من تقديم ملكت على الايجاب وكذلك الحال في القرض .

وأمّا ما ادّعاه من أنّ الإجماع قام على اعتبار القبول في العقود فهو ينافي ما صرّح به هو (قدّس سرّه) عند تجويز تقديم ملكت في البيع على الايجاب من أنّه لا

دليل على اشتراط القبول في العقد بمعنى المطاوعة ، ومعه كيف يصحّ له دعوى قيام الإجماع على اعتبار القبول في العقود في المقام ، مضافاً إلى أنّه لا يراد بالمطاوعة مطاوعة فعل الغير ، بل مطاوعة الطبيعة غير المتوقّفة على سبق الايجاب . وكيف كان فأمثال ذلك منه (قدّس سرّه) غريبة جدّاً .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ تقديم القبول على الايجاب جائز في جميع العقود والمعاملات ، لأنّ المعتبر فيها هو صدق العقد والبيع وهما يتحقّقان بعقد انشاء التمليك بانشاء التملّك ، وعقدهما كما يتحقّق في صورة تقديم الايجاب على القبول كذلك يتحقّق في صورة تقديم القبول على الايجاب .

والتحقيق : أنّ العقد إذا كان من العقود التي لم يعتبر في صحّتها إلّا الرضا من الطرف الآخر من دون اعتبار القبول فيها ، في مقابل سائر العقود التي يعتبر فيها القبول ، وفي مقابل الايقاعات التي لا يعتبر فيها شيء من الرضا والقبول كالابراء والعتق والطلاق وغيرهما من الايقاعات التي لا يشترط فيها رضا الآخر بوجه ولذا يمكن أن يقال إنّ هذه العقود إيقاعات مشروطة بالرضا كما يصحّ دعوى ذلك في مثل الوصية التمليكيّة فإنّها لا تحتاج إلى القبول ولذا ذهب في العروة[1] إلى أنّها من الايقاعات ، ولكنّ فحوى « الناس مسلّطون على أموالهم »[2] يقتضي اعتبار الرضا في الوصية ، فإنّ سلطنة الإنسان على ماله تستلزم سلطنته على نفسه بالأولوية ، ودخول المال في ملك الإنسان قهراً عليه مناف لسلطنته على نفسه .

فإذا كان العقد من هذا القبيل ـ أي ممّا لا يحتاج فيه إلى إنشاء آخر بل يكفي فيه رضا الآخر ـ يكتفى فيه بما يكون مبرزاً للرضا وإن تقدّم على الايجاب .

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٦٠ المسألة [٣٨٩٩] فصل في معنى الوصية وأقسامها وشرائطها .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

وأمّا إذا كان من العقود التي قام الدليل على اعتبار القبول والانشاء من الطرف الآخر فيها، فكذا لا مانع من تقديم القبول فيها على الايجاب، لأنّ غاية ما يستفاد من الأدلّة العامّة نظير ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[1] اعتبار صدق العقد وعقد الالتزام بالالتزام، وهذا المعنى كما يتحقّق في صورة تقدّم الايجاب على القبول كذلك يتحقّق في صورة تقدّم القبول على الايجاب.

وأمّا اشتراط القبول فيها بمعنى المطاوعة فلم يقم عليه دليل، مضافاً إلى ما ذكرنا أنّ المطاوعة المدعاة في المقام ليس بمعنى مطاوعة فعل الآخر بل هي بمعنى مطاوعة الطبيعة وقبول المادّة كما في الاكتساب والاحتطاب ونحوهما، وذلك لأنّ مطاوعة إنشاء البائع الذي هو بمعنى فعله وقوله بعت ليست بمعتبرة في العقود قطعاً وإنّما هي على تقدير اعتبارها مطاوعة إنشاء البائع بالمعنى الحاصل منه المعبّر عنه باسم المصدر، أعني كون هذا المال ملكاً للمشتري، ومطاوعة ذلك وقبوله كما يمكن أن يتحقّق بعد الايجاب كذلك يمكن أن يتحقّق قبله، كما إذا رضي بكون المال ملكاً له.

وبالجملة: مطاوعة فعل البائع بالمعنى الاسم المصدري لا تتوقّف على صدور فعل من البائع خارجاً وذلك ظاهر، فإذا قال اشتريت أو اتّهبت فقد قبل أن يكون المال ملكاً لنفسه ولو كان قبل الايجاب.

فتحصّل: أنّ تقديم القبول على الايجاب صحيح في جميع العقود والمعاملات.

---

(١) تقدّم تخريجها في ص١٩٧.

اعتبار الموالاة بين إيجاب العقد وقبوله

ذكر الشهيد (رحمه الله)[١] وجماعة أنّ الموالاة معتبرة في العقد وأنّ هذه الموالاة مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه[٢] ثمّ رتّب على ذلك فروعاً.

أمّا مسألة كون الأصل في اعتبار الموالاة عبارة عن اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه فلا بأس بها من جهة أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق بحيث يقلب الكذب صدقاً والصدق كذباً ويقلب الكفر بالإسلام والمدح بالذمّ وبالعكس، فإذا قال ما جاءني أحد يكون ذلك كذباً فيما إذا جاءه زيد، ولكنّه إذا ضمّ إليه قوله إلّا زيداً فقد قلب الكذب إلى الصدق، أو إذا قال: لا صانع في العالم يكون كفراً فإذا ضمّ إليه قوله إلّا الله فيقلبه إلى الإسلام، وإذا قال: زيد عالم ورع تقي فيكون ذلك مدحاً، فإذا ضمّ إليه قوله إلّا أنّه لا عقل له فينقلب إلى الذمّ لا محالة.

وبالجملة: أنّ الاستثناء إذا لم يذكر على نحو الاتّصال فيعامل معه معاملة الكفر أو المدح وهكذا، فإذا أتى به بعد مدّة فلا يوجب الانقلاب بوجه، مثلاً إذا قال: لا إله ولا صانع للعالم فمضى ثمّ جاء بعد يوم فقال: إلّا الله، فلا يعامل معه معاملة الإسلام بل يحكم عليه بالكفر، أو إذا أقرّ بأنّه مديون لزيد عشرة دراهم ثمّ ذهب وجاء بعد مدّة فقال: إلّا درهماً فلا يسمع منه ذلك بل يؤخذ منه العشرة حسب ما يقتضيه إقراره.

---

(١) الدروس ٢: ٢٦٤، القواعد والفوائد ١: ٢٣٤ القاعدة ٧٣.

(٢) ذكر سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) أنّ في نسخة كتابه بدل المستثنى ذكر لفظ الاستثناء، وأفاد أنّه الأصحّ من جهة لزوم اتّصال الاخراج بالكلام.

وبالجملة : أنّ الاستثناء لشدّة ربطه بالكلام يعتبر فيه الموالاة ويخلّ الفصل بينه وبين المستثنى منه بصحّة الكلام وبصدقه وكذبه كما مرّ ، وإنّما انتقلوا إلى اعتبار الموالاة في المقام وفي غيره من الموارد من ملاحظة الموالاة بين الاستثناء والمستثنى منه وهذا ظاهر .

وأمّا الفروع التي رتّبها عليه فلم نفهم وجه ارتباط بعضها بالمقام ، منها : مسألة وجوب التوبة على المرتدّ فإنّ كونها واجبة عليه فوراً لا ربط له بمسألة الاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه ، لأنّه نظير وجوب إزالة النجاسة عن المسجد فوراً وتابع لدلالة دليله ، فإذا دلّ على الفور فلا محالة يؤخذ به وإلّا فلا .

ووجّهه شيخنا الأنصاري[1] بأنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلابدّ من إعادته في أقرب الأوقات ، هذا .

ولكنّك عرفت أنّ فورية التوبة إنّما هي من جهة دلالة الدليل وأنّ الرجوع إلى الله وعن المعاصي لازم في كلّ وقت وآن ، وهو غير مربوط بلزوم الاتّصال كما لا يخفى .

ومنها : مسألة الجمعة وأنّه يجب فيها الايتام قبل ركوع الإمام ، فإذا تعمّدوا أو نسوا حتّى ركع فلا جمعة ، وذلك لأنّ وجوب الايتام مع تكبيرة الإمام ـ كما عليه العامّة فإذا كبّر الإمام فيكبّرون معه جميعاً ـ أو قبل الركوع أمر تابع لدلالة دليله ولا ربط له بمسألة الاتّصال بوجه ، هذا .

ثمّ إنّ الاتّصال والموالاة في مثل الاستثناء والمستثنى منه وفي غيره من الموارد التي اعتبرت الموالاة فيها أمر عرفي ويختلف باختلاف المقامات والموارد من حيث الطول والقصر ، مثلاً الموالاة بين الجملات على نحو أوسع من الموالاة بين الكلمات

---

(١) المكاسب ٣ : ١٦٠ .

والموالاة فيها أوسع منها بين حروف الكلمة ، وهكذا .

وبالجملة : أنّ اعتبار الموالاة والاتّصال بين الاستثناء والمستثنى منه ممّا لا كلام فيه .

وإنّما الكلام في أنّ البيع والنكاح والقرض والهبة وغيرها من العقود المحتاجة إلى الايجاب والقبول هل هي نظير الاستثناء والمستثنى منه ويعتبر فيها الموالاة بين الايجاب والقبول ، أو أنّه لا يعتبر فيها الموالاة .

واستُدلّ على اعتبار الموالاة في العقود بوجهين :

أحدهما : ما ذكره شيخنا الأنصاري من أنّ العقد إنّما هو شدّ الالتزام بالالتزام وإيجاد علقة بين شيئين ، والشدّ والعقد إنّما يصدق فيما إذا ذكر الايجاب والقبول على نحو الاتّصال ، وأمّا إذا تخلّل بينهما زمان طويل فلا يصدق العقد والشدّ بوجه .

وثانيهما : ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] من أنّ المعاملات المتوقّفة على القبول مشتملة على خلع ولبس فالبائع يخلع الملكية عن نفسه ويلبسها المشتري وبالعكس ، فإذا فرضنا أنّ البائع قد خلع لباس الملكية عن نفسه فلابدّ من أن يلبسها المشتري على نحو الاتّصال وإلّا فلا يتحقّق هناك خلع ولبس ، ففي صورة انفصال أحدهما عن الآخر فلا محالة يبطل المعاملة ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ لم يكن مترقّباً منه (قدّس سرّه) لأنّ المراد بالخلع واللبس إن كان هو الخلع واللبس في نظر البائع أو الموجب فلا إشكال في أنّه بإيجابه قد خلع الملكية عن نفسه وألبسها المشتري في عالم اعتباره ، فالخلع واللبس قد تحقّقا معاً . وإن كان المراد الخلع واللبس في نظر الشارع أو العقلاء فهو إنّما يتحقق

---

(١) منية الطالب ١ : ٢٥١ .

بعد تمامية العقد بذكر الايجاب والقبول معاً وأمّا قبل تماميته فلا خلع ولا لبس ، هذا .

مضافاً إلى أنّ تخلّل الفصل بين الخلع واللبس إذا كان مستحيلاً فلا يفرق فيه بين الفصل الطويل والفصل القصير ، مع أنّه لا إشكال في صحّة العقد وتماميّته فيما إذا تخلّل بين الايجاب والقبول زمان قليل كآن واحد مثلاً ، فهذا يكشف عن عدم استحالة الفصل بين الايجاب والقبول وذلك ظاهر .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فالجواب عنه بوجهين :

أحدهما : ما أشار إليه هو (قدّس سرّه) في ضمن كلماته من أنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان دليل الملك واللزوم قوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] وعندئذٍ يمكن أن يقال إنّ العقد يتوقّف صدقه على اتّصال القبول بالايجاب ، وأمّا إذا قلنا بأنّ الدليل على صحّة المعاملات عبارة عن عموم قوله تعالى : ﴿**أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾[2] أو ﴿**تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾[3] فلا نحتاج في صحّة المعاملات حينئذ إلى صدق عنوان العقد أبداً ، وإنّما يحتاج إلى صدق عنوان البيع والتجارة ، ولا إشكال في صدقهما مع الانفصال وهو ظاهر .

وتوهّم أنّ الاستدلال بالايتين إنّما يفيد صحّة البيع وغيره من المعاملات وأمّا لزومها فلا ، فلا يبقى للزوم المعاملات مع عدم الموالاة دليل فتكون جائزة .

مدفوع بما ذكرناه سابقاً من أنّ الدليل على لزوم المعاملات غير منحصر بقوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وقد ذكرنا الأدلّة الدالّة على اللزوم سابقاً وقلنا إنّ أصرحها دلالة هو قوله تعالى : ﴿**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ**

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

تَرَاضٍ﴾ ، فإنّ الأكل بالفسخ ليس تجارة عن تراضٍ فيكون أكلاً بالباطل .

وثانيهما : أنّ ما أفاده لا يتمّ فيمكن الاستدلال بقوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ أيضاً ، لأنّ العقد ليس اسماً للايجاب والقبول أعني اللفظ وإنّما هو اسم للمبرز بالايجاب والقبول أعني الالتزام ، فالعقد عبارة عن شدّ التزام بالتزام آخر لا عن ربط الايجاب والقبول ، فإذا فرضنا أنّ البائع أبرز اعتباره والتزامه بقوله بعت وكان المشتري غافلاً أو نائماً وبعدما استيقظ قال قبلت فقد شدّ التزامه بالتزام البائع المبرز بقوله بعت ، وهذا ممّا لا إشكال في صحّته . نعم يشترط في ذلك أن يكون البائع باقياً على التزامه إلى زمان التزام المشتري .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الموالاة غير معتبرة بين الايجاب والقبول ويدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم : السيرة المستمرّة بين العرف في بعض موارد المعاطاة ، فإنّه لا إشكال في صحّة الهبة فيما إذا أهدى أحد كتاباً إلى آخر وهو في مسافة بعيدة فوصل الكتاب إلى المهدى إليه بعد شهر أو شهرين مع فرض المهدي غافلاً عن ذلك حين وصول هديته ومع تخلّل الفصل بين الإهداء والقبول .

ودعوى أنّ ذلك لا يعدّ فصلاً لأنّه من جهة كون الفعل والاعطاء طويلاً ومحتاجاً إلى زمان نظير ما إذا مدّ يده إلى المشرق فأخذ منه شيئاً وأراد إيصاله إلى المغرب فهو من جهة طول الفعل لا أنّ الزمان تخلّل بين فعل المهدي والمهدى إليه كما عن شيخنا الأُستاذ(١).

غير مسموعة لوضوح الفرق بين الموردين ، لأنّ المهدي ربما يكون غافلاً عن إهدائه حين وصول الهدية إلى المهدى إليه ، فلا يكون ذلك من قبيل طول الفعل المعاطاتي .

---

(١) منية الطالب ١ : ٢٥٣ .

ودعوى الفرق بين المعاطاة والعقود اللفظية واضحة الفساد ، وكذا السيرة جارية على المعاملة بالبرقية والمكاتبة مع عدم الموالاة بين الايجاب والقبول فيها . فالمتحصّل أنّ الموالاة كالماضوية والعربية غير معتبرة في صحّة المعاملات .

الكلام في اشتراط التنجيز في العقود

ذكر جماعة أنّ التنجّز معتبر في العقود مطلقاً وأنّ تعليقها على شيء يوجب البطلان ، من دون فرق في ذلك بين التعليق الصريح كما إذا قال : بعتك هذا إن كان كذا ، وبين التعليق غير الصريح كما إذا قال : أنت وكيلي يوم الجمعة ، لأنّه في حكم التعليق واقعاً ومعناه أنّ الوكالة معلّقة على مجيء يوم الجمعة وأنّه لا وكالة قبل مجيئه . نعم لو كان التوكيل مطلقاً وكان التعليق راجعاً إلى متعلّقه فهو ممّا لا إشكال في صحّته ، وهذا كما إذا قال : أنت وكيلي من الآن ولكن لا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة ، أو قال أنت وكيلي في بيع داري يوم الجمعة بأن يكون يوم الجمعة قيداً للبيع الذي هو متعلّق الوكالة ، وهذا نظير الاجارة لأنّها تارةً تكون مطلقة واُخرى مقيّدة بشيء وثالثة تكون الاجارة مطلقة ولكن متعلّقها يكون مقيّداً بشيء على نحو الواجب المعلّق .

وكيف كان ، فقد وقع الخلاف في كلمات الأصحاب في المقام ، فذكر بعضهم أنّ التعليق مطلقاً يوجب الفساد ، وذهب آخر إلى التفصيل بين التعليق على شيء معلوم الحصول والتعليق على شيء مشكوك الحصول ، وثالث إلى التفصيل بين التعليق على شيء يتوقّف صحّة العقد عليه شرعاً وبين غيره ، ولأجل ذلك ذكر شيخنا الأنصاري(١) أقسام التعليق في المقام وقسّمه إلى ثمانية أقسام فأفاد : إنّ التعليق إمّا

(١) المكاسب ٣ : ١٦٦ .

أن يكون على شيء معلوم الحصول أو على شيء مشكوك الحصول ، وأمّا ما نعلم بعدم حصوله فالتعليق عليه يوجب البطلان قطعاً إمّا لاخلاله بالتنجّز على تقدير اعتباره في العقود ، وإمّا لعدم حصول المعلّق عليه فرضاً على تقدير عدم اعتبار التنجيز وصحّة التعليق ، فلذا لم يذكره الشيخ أيضاً في المقام .

وكيف كان ، فعلى كلا التقديرين إمّا أن يكون المعلّق عليه أمراً حاليّاً وإمّا أن يكون استقبالياً ، وعلى جميع التقادير الأربعة إمّا أن يكون المعلّق عليه ممّا تتوقّف صحّة العقد عليه شرعاً ، وإمّا أن لا يكون متوقّفاً عليه صحّته فهذه ثمانية أقسام . وإن كان الأولى أن يجعل الأقسام اثنى عشر قسماً ، لأنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم الحصول أو يكون مشكوك الحصول ، وعلى كلا التقديرين إمّا أن يكون أمراً حالياً وإمّا أن يكون أمراً استقبالياً ، وعلى جميع التقادير الأربعة ، إمّا أن يكون ممّا يتوقّف حقيقة ما أنشأه المنشئ عليه عقلاً وإمّا أن لا يكون ممّا يتوقّف عليه حقيقة المنشأ عقلاً ، وعلى الثاني إمّا أن يكون ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه شرعاً وإمّا أن لا يكون كذلك ، فهذه اثنا عشر قسماً .

فأمّا ما يتوقّف حقيقة المنشأ عليه عقلاً فالظاهر أنّ التعليق عليه لا يوجب البطلان ، لأنّ الفرض أنّ المنشأ متوقّف عليه عقلاً ، سواء تلفّظ به في العقد أم لم يتلفّظ به ، وهذا كما إذا قال : هذه المرأة هي طالق إن كانت زوجتي أو أنّ هذا الرجل حرّ لوجه الله إن كان عبداً ، وذلك لأنّ الطلاق في غير الزوجة أمر لا معنى له ، لأنّه بمعنى الخلوّ وغير الزوجة مخلاة من الابتداء فلا معنى لطلاقها ، كما أنّ التحرير متوقّف عقلاً على أن يكون المحرّر عبداً ، إذ الحرّ لا يحرّر .

وكيف كان فالتلفّظ بأداة التعليق لا يكون مانعاً قطعاً ، لأنّه تلفّظ به أم لم يتلفّظ به معلّق عليه واقعاً ، وإن احتاط شيخنا الأنصاري بعدم ذكر ألفاظ التعليق إلّا أنّه لا وجه له بعد عدم دلالة الدليل على أنّ التلفّظ بها مانع عن صحّة الانشاء

وهذا من دون فرق بين أن يكون ما يتوقّف عليه المنشأ عقلاً أمراً حاليا أوِ يكون أمراً استقبالياً ، وسواء كان معلوم الحصول أو مشكوك الحصول ، فهذه الأقسام الأربعة ممّا لا إشكال فيه بوجه .

وأمّا إذا كان المعلّق عليه ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه شرعاً من دون أن يكون متوقّفاً عليه عقلاً ، كما إذا قال : بعتك هذا إن كنت بالغاً أو أسلفتك كذا إن كنت قادراً على تسليمه في وقته وغير ذلك من القيود المعتبرة شرعاً ، فهل يكون التعليق فيه موجباً للبطلان أو لا ؟

الظاهر أنّه أيضاً ملحق بالقسم الأوّل ، وأنّ التعليق عليه لا يوجب البطلان وذلك لأنّ عمدة الدليل على مبطلية التعليق هو الاجماع ، وشموله لهذا القسم غير معلوم بل هو معلوم العدم كما يظهر من كلام الشيخ حيث أرسل جواز التعليق عليه على نحو إرسال المسلّمات فراجع . وهذا أيضاً من دون فرق بين أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً أو يكون أمراً استقبالياً كما لا يفرق فيه أيضاً بين كونه معلوم الحصول وكونه مشكوك الحصول ، فهذه الأقسام الأربعة ملحقة بالأقسام الأربعة المتقدّمة في أنّ التعليق فيها غير موجب للبطلان .

وأمّا الأقسام الأربعة الباقية أعني ما يكون معلوم الحصول أو مشكوك الحصول وعلى كلا التقديرين يكون حالياً أو استقبالياً من دون أن يكون ممّا يتوقّف العقد عليه شرعاً أو عقلاً ، فأمّا القسم الأوّل منها أعني ما يكون معلوم الحصول في الحال كما إذا قال : بعتك هذا إن كان اليوم جمعة مع علمهما بأنّ اليوم يوم الجمعة ، فلا ينبغي الإشكال في صحّته لأنّه غير منافٍ للتنجيز ويعلمان بتحقّق ما علّق عليه العقد حسب الفرض .

وأمّا الأقسام الثلاثة الباقية فهي المقدار المتيقّن من الإجماع المدّعى على بطلان التعليق في العقود ، وهذه الأقسام الثلاثة عبارة عمّا إذا كان أمراً حالياً

مشكوك الحصول كما إذا قال : بعتك هذا المال إن كانت الساعة الساعة الخامسة ولم يعلما أنّ الساعة هي الخامسة أو غيرها ، وما إذا كان أمراً استقبالياً مشكوك الحصول أو معلوم الحصول كما إذا قال : أنت وكيلي في بيع داري إذا جاء يوم الجمعة بأن يكون مجيؤه شرطاً لحصول الوكالة على نحو الواجب المشروط ، وأمّا إذا كان العقد منجّزاً وكان القيد راجعاً إلى متعلّق العقد على نحو الواجب المعلّق فقد عرفت أنّه ممّا لا إشكال في صحّته كما إذا قال : أنت وكيلي في بيع داري يوم الجمعة على أن يكون يوم الجمعة قيداً للبيع . هذا تمام الكلام في الأقسام الاثني عشر .

بقي الكلام في مدرك بطلان الأقسام الثلاثة المتقدّمة ، والإنصاف أنّ المسألة من العويصات ، لأنّ الأدلّة العامّة والخاصّة غير قاصرة الشمول لها لأنّها أيضاً بيع وعقد وتجارة عن تراضٍ ، مضافاً إلى أنّها واقعة في العرف أيضاً بكثير وليست عندهم أمراً مستبشعاً ، إذ لا مانع عندهم من أن يبيع أحد ماله بشرط أن تجيئه البرقية على أنّ وكيله اشترى مثله له كما هو واقع بين التجّار ، أو يشتري شيئاً بشرط أن يرضى به أبوه وهكذا .

وعليه فيقع الكلام فيما يمنع عن شمول الاطلاقات والعمومات لها .

المانع الأوّل : الاجماع المدّعى في المقام . ولكنّه لا يمكن الاعتماد عليه لأنّه لا يفيد القطع برأي المعصوم (عليه السلام) خصوصاً بعد التعليلات المذكورة في كلماتهم .

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ كلمات المجمعين غير متطابقة على مطلب واحد ، وذلك لأنّ بعضهم ذكر اعتبار التنجيز في العقود وعلّله بأنّه لا يحصل بدونه الجزم في الانشاء ، ولازمه صحّة تعليق العقد على أمر معلوم الحصول في المستقبل لأنّه لا ينافي الجزم ، وبعضهم ذكر أنّ المعتبر في صحّة العقود هو عدم التعليق تعبّداً ، ولازمه بطلان العقد فيما إذا علّق على ما يتوقّف صحّة العقد عليه عقلاً أو شرعاً ، كما إذا قال : بعتك هذا إن قبلته أو إن كنت بالغاً ، لأنّه معلّق في مقام الاثبات وهو موجب

للبطلان ، ومن أجل ذلك احتاط شيخنا الأنصاري بذكر العقد على صورة الجزم وإن كان في الواقع معلّقاً ، ومع هذا الاختلاف كيف يصحّ دعوى القطع برضا الإمام (عليه السلام) مع أنّه أمر وجداني نعلم بعدم حصوله ، هذا أحد الموانع التي ادّعيت في المقام .

المانع الثاني : أنّ الانشاء غير قابل للتعليق بوجه ، لأنّه نظير سائر الأفعال كالأكل والضرب ونحوهما ، فكما لا يعقل أن يضرب أحداً معلّقاً على أمر كذا أو يأكل معلّقاً على أن يكون كذا لأنّه يأكل ويضرب فعلاً فما معنى كونه معلّقاً على شيء ، فالانشاء والإخبار أيضاً كذلك لأنّه إمّا أن ينشئ ويخبر أو لا ينشئ ولا يخبر ، وأمّا أنّه ينشئ معلّقاً فهو غير متصوّر أبداً كما في الأكل والضرب ، هذا .

والجواب عن ذلك : ما ذكرناه في الواجب المشروط(١) من أنّ المعلّق ليس هو الانشاء أو الاخبار اللذين هما من قبيل الأفعال ، بل المعلّق هو المنشأ كالملكية ونحوها مع كون الانشاء فعلياً ، فالمعلّق متعلّق الانشاء أو الاخبار ولا مانع من أن يكون المنشأ أو المخبر به أمراً استقبالياً ومعلّقاً على شيء كما في الوصية فإنّ المنشأ فيها هو الملكية المعلّقة على الموت ، هذا .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري(٢) بأنّ التعليق أمر متصوّر وواقع في العرف والشرع كثيراً كما في الوصية والوقف ونحوهما ممّا هو مقيّد ومعلّق على الموت أو على شيء آخر ، وكالتدبير المعلّق على وفاة المعتق وكالصرف ونحوه ممّا يشترط فيه القبض ، ونظائرها كثيرة ، وهذا كاشف عن عدم استحالة التعليق في العقود والانشاءات .

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٤) : ١٤٦ .

(٢) المكاسب ٣ : ١٧٠ .

المانع الثالث : أنّ ظاهر الأدلّة الدالّة على سببية العقود لمسبّباتها وترتّب المسبّبات عليها إنّما هو ترتّبها عليها وكونها سبباً للمسبّبات في حال إنشاءاتها وفي ظرف وقوعها ، لا في الأزمنة الآتية ، فكون العقد سبباً للبيع إنّما هو فيما إذا كان موجباً للملكية الفعلية ، وأمّا إذا كان موجباً للملكية الاستقبالية فهو على خلاف ظواهر الأدلّة الدالّة على أنّ عقد البيع سبب للملك مثلاً ، هذا .

ولا يخفى أنّ مفاد الأدلّة هو وجوب ترتيب الأثر على كلّ عقد على طبق مدلوله منجّزاً كان أو معلّقاً نظير النذر المعلّق على أمر متأخّر .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري[1] مضافاً إلى ما ذكرنا : بأنّ دليل الصحّة واللزوم غير منحصر في قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لأنّ دليل حلّية البيع وتسلّط الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما ذكر من المانع كما يأتي في قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] كذلك يأتي في قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[3] و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[4] والجواب الجواب فلا تغفل .

ثمّ أجاب عنه ثالثاً : بأنّ ذلك لو تمّ فإنّما يتمّ في خصوص البيع دون غيره من العقود ، لأنّ العقود يتأخّر مقتضاها عنها غالباً . هذا ولكّنا لم نفهم مراده (قدّس سرّه) من هذا الجواب وأنّ العقود التي يتأخّر مقتضاها عنها ماذا ، وأي عقد يكون مقتضاه متأخّراً عنه في الشرع ، فإن أراد به الوصية والتدبير فهما خارجان عن محلّ

---

(١) المكاسب ٣ : ١٧٠ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٤) النساء ٤ : ٢٩ .

النزاع لأنّ صحّتها من ناحية الدليل الخاص ، وإن أراد به الاجارة كما قيل ففيه أنّ الأثر فيها أعني الملكية فعلية غير متأخّرة عن العقد وإنّما المتأخّر عنه هو متعلّقها أعني المنفعة المستقبلة كما لا يخفى .

المانع الرابع : أنّ الأسباب الشرعية توقيفية وهذا موجب لوجوب الاقتصار فيها على المتيقّن وهو العقد العاري عن التعليق وصحّة المعلّق مشكوكة وقد تكرّر ذلك في كلماتهم جدّاً حتّى أنّي رأيت في كلام القاضي في جواهره[1] في مقام الاستدلال على بطلان المضاربة بغير الدرهم والدينار أنّه استدلّ عليه بأنّ الأسباب توقيفية ، والترخيص إنّما ثبت في خصوص الدرهم والدينار دون غيرهما فيكون باطلاً .

وفيه : أنّه أيّ دليل أحسن من عموم قوله تعالى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ و ﴿**أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾ و ﴿**تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾ وغيره من العمومات ، وهي كافية في الترخيص كما هو واضح .

المانع الخامس : ما ذكره شيخنا الأُستاذ[2] من أنّ أدلّة صحّة البيع والنكاح وغيرهما من العقود إنّما تنصرف إلى العقود المتعارفة ، والبيع المتأخّر عنه الملكية بأيّام أو الاجارة كذلك غير متعارف جدّاً ، وهذا هو السرّ في بطلان التعليق في العقود ، هذا .

ولا يخفى ما فيه صغرى وكبرى . أمّا الكبرى فلأنّ العمومات والمطلقات الواردة في الأدلّة والأخبار لا يعتبر في شمولها لشيء إلّا صدق الطبيعي عليه وكونه فرداً من أفراده ، وأمّا كونه متعارفاً أيضاً فلا ، نعم ، ربما يتوهّم في خصوص

---

(١) جواهر الفقه : ١٢٤ .

(٢) منية الطالب ١ : ٢٥٥ .

المطلقات عدم شمولها لغير المتعارف ، فإنّ الاطلاق موقوف على عدم بيان القيد فربما يتخيّل كفاية التعارف الخارجي في البيان ، فلا يتمّ الاطلاق . ولكن العمومات لا يجري فيها هذا التوهّم .

وأمّا الصغرى فلمنع عدم تعارف العقود التعليقية عندهم ، فإنّا نراهم يهبون المال للغير بعد أيّام لحاجتهم إليه في تلك الأيّام .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ التنجيز غير معتبر في العقود وإن كان الاحتياط ممّا لا ينبغي تركه سيّما في النكاح إلّا ما خرج بالدليل كالتزويج الانقطاعي معلّقاً على مضيّ زمان الانقطاعي الموجود فعلاً مع عدّته كما إذا بقي من أيّام انقطاعه عشرة أيّام فزوّجت نفسها من آخر بعقد انقطاعي أو دائمي معلّقاً على مضي العشرة أيّام الباقية من الانقطاعي الموجود بالفعل ومضيّ أيّام عدّته ، لما ورد من أنّ المزوّجة لا تزوّج[1] وذلك ظاهر .

ومن جملة شروط البيع التطابق بين الايجاب والقبول

وهذا ليس اشتراطاً خارجياً في المعاملات وإنّما هو ممّا يقتضيه نفس مفهوم المعاقدة ، لتوقّفها على وحدة المورد واتّحاد المحلّ لا محالة وإلّا فلا يصدق المعاقدة بوجه ، فلابدّ من تطابق الايجاب والقبول في صدق مفهوم المعاقدة كما هو واضح فإذا اختلفا فلا يكون أحدهما مربوطاً بالآخر أبداً .

والاختلاف تارةً من جهة المثمن وأُخرى من جهة الثمن وثالثة من جهة البائع أو المشتري كما إذا قال : بعتك هذا العباء بكذا ، فقال المشتري : اشتريت هذا الفراش بكذا ، أو قال : بعتك هذا المال بمائة ، وقال الآخر : اشتريت هذا المال

---

(١) لاحظ الوسائل ٢٠ : ٤٤٦ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب١٦ .

بخمسين ديناراً ، أو قال : بعتك هذا بكذا ، فقال المخاطب : اشتريته بكذا لموكّلي ، ولا تصدق المعاقدة على شيء من هذه الموارد بوجه .

أمّا الأوّلان فواضحان . وأمّا في الثالث أعني عدم التطابق في المشتري ، فلأنّا وإن ذكرنا في محلّه أنّ البيع ليس إلّا مبادلة مال بمال ولا نظر فيه إلى خصوصية البائع أو المشتري ولذا لا يسأل المشتري أنّك تشتريه لنفسك أو لشخص آخر ، إلّا أنّ هذا كلّه في الأعيان الخارجية دون ما في الذمم من الثمن أو المثمن لاختلافهما باختلاف الذمم ، فإذا قال : بعتك هذا المال بمائة دينار كلّي وقال المخاطب : اشتريته بكذا لموكّلي على وجه الكلّي ، فلا محالة يقع باطلاً ، لأنّ ما في ذمّة المخاطب مغاير لما في ذمّة موكّله وقد تعلّق غرض البائع بخصوصية ما في ذمّة المخاطب ، فإذا قبله المخاطب لموكّله وبدّل ما في ذمّته إلى ما في ذمّة الموكّل فلا محالة يقع باطلاً ، وفي الحقيقة يرجع هذا إلى التطابق في الثمن أو المثمن .

وأمّا التطابق من حيث الشروط وعدم الاختلاف فيها كما إذا قال : بعتك هذا المال بكذا على أن يكون كذا فقال المشتري قبلته بكذا من دون اشتراط ، فهل هو أيضاً لازم في صحّة المعاملة وعدمه يوجب البطلان أو لا يوجب بطلانها ؟

الظاهر أنّ التطابق في الشروط غير معتبر في صحّة المعاملات ، لأنّ الشرط لا يرجع إلى نفس العقد وأصل البيع بحيث لا بيع في صورة تخلّف الشرط لأنّه باطل لا محالة للإجماع على بطلان التعليق في العقود ، مع أنّه لا خلاف نصّاً ولا فتوىً في جواز الاشتراط في المعاملات لعموم « المؤمنون عند شروطهم »[1] وفتوى الأصحاب بصحّته . بل الشرط التزام آخر في ضمن التزام وقد شرحناه في محلّه باشتراط شيء في الالتزام بالمعاملة وتوضيحه : أنّ ما يصدر عن البائع أمران :

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

أحدهما نفس المعاملة والبيع . وثانيهما : التزامه بما فعله ووقوفه عليه وعدم رجوعه عنه ، وقد يشترط في ذلك على أن يخيط له المشتري ثوباً بحيث لو لم يف المشتري بذلك فله أن لا يقف على فعله ولا يلتزم بعقده ويرجع عنه ، فالشرط راجع إلى الالتزام بالعقد ومعناه جعل الخيار لنفسه على تقدير عدمه .

وكيف كان ، فالشروط خارجة عن المعاملات والبيع ، وعليه فإذا قبله المشتري مجرّداً عن الشرط فقد تطابق قبوله للايجاب وتمّت المعاملة ، فإن رضي البائع حينئذ برفع اليد عمّا جعله لنفسه من الخيار على تقدير تخلّف الشرط فالمعاملة صحيحة ولا يلزمه إعادة الايجاب والقبول ، نعم إن لم يرض برفع اليد عن الاشتراط وفسخ فالبيع باطل ، هذا كلّه في التطابق في الشروط .

وأمّا التطابق من حيث أجزاء الثمن أو المثمن أو أجزاء البائع أو المشتري كما إذا قال : بعتك هذه الدار بمائة دينار وقال المشتري اشتريت نصفها بخمسين ديناراً أو قال مخاطباً للاثنين : بعتكما هذه الدار بمائة وقال أحدهما اشتريت نصفها بخمسين ولم يقبل الآخر ، فهل هو ملحق بالتطابق في الشروط أو أنّ التطابق في الأجزاء لازم وعدمه يوجب بطلان المعاملة ؟

الظاهر هو الأوّل ، لأنّ بيع الدار بمائة ينحلّ إلى بيع كلّ نصف منها بخمسين ديناراً ، غاية الأمر مشروطاً بانضمام أحد النصفين إلى الآخر ، فإذا قبله المشتري بقوله اشتريت نصفها بخمسين ديناراً فقد طابق فعله الايجاب ، وذلك لما عرفت من أنّ الشروط خارجة عن البيع ، فعدم قبوله للنصف الآخر لا يضرّ بصحّة البيع في النصف الآخر فيما إذا رضي البائع برفع اليد عن اشتراطه الانضمام ، ولا يحتاج إلى إعادة الايجاب والقبول . وأمّا إذا لم يرض برفع اليد عن الانضمام وفسخ فالمعاملة فاسدة ، كما أنّ بيع الدار للاثنين ينحلّ إلى بيعين مستقلّين أحدهما بيع النصف من هذا الشخص بخمسين ديناراً وثانيهما بيع النصف الآخر من الثاني بخمسين ديناراً

أيضاً ، نظير بيع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة فهو بيعان في الواقع فإذا قبل أحدهما أحد النصفين بخمسين فقد طابق قبوله الايجاب ، غاية الأمر أنّه مجرد عن الشرط الذي هو الانضمام ، وقد عرفت أنّ الشروط خارجة عن المعاملة فلذا نقول بعدم فساد المعاملة بفساد الشرط ، وعدم التطابق فيها غير موجب لعدم التطابق في أصل البيع فيما إذا رضي البائع برفع اليد عن الشرط ، وهذا ظاهر واضح .

ثمّ إنّ ما ذكرناه إنّما هو فيما إذا كانت المعاملة بالنسبة إلى مجموع العوضين أو كلا المشتريين بانشاء واحد ، وأمّا إذا كانت بانشائين كما إذا باع نصف داره بخمسين ديناراً من أحد ونصفها الآخر من الآخر فقبل أحدهما دون الآخر ، فهو ممّا لا إشكال في صحّته وخارج عن محلّ الخلاف بيننا وبين الشيخ[1] لا محالة .

اشتراط قابلية كلّ واحد من المتعاملين وأهليته للمعاملة حين إنشاء الآخر

بأن يكون كلّ واحد من البائع والمشتري باقياً على أهليته وقابليته للمعاملة في زمان إنشاء الآخر .

ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] أنّ اشتراط ذلك في المعاملات من القضايا التي قياساتها معها ، لأنّ العقد لا ينعقد إلّا بفعل الاثنين فلو فقد حين إنشاء أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقاً أو لاحقاً لا أثر له ، ومجرد تحقّق الشرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشائه جزءاً للعقد لا إيقاعاً مستقلاً ، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائماً لا يصحّ العقد ، وكذلك العكس .

---

(١) المكاسب ٣ : ١٧٥ .

(٢) منية الطالب ١ : ٢٥٧ .

وفصّل السيّد في الحاشية[١] بين ما إذا خرج الموجب عن القابلية في زمان قبول القابل فالتزم بصحّته ، لأنّ الايجاب قد صدر من الموجب في حال صحّته ولحقه القبول من المشتري وبه يتمّ المعاملة ، وإن عرض الجنون أو الموت أو نحوهما على الموجب في زمان إنشاء القابل لصدق البيع عليه عرفاً ، وبين ما إذا لم يكن المشتري قابلاً للتخاطب حين إيجاب البائع فالتزم بالفساد ، هذا .

أمّا ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) فيندفع بأنّ لازمه أن يكون اشتراط القابلية من البديهيات نظير انقسام كلّ زوج إلى متساويين ، والأمر ليس كذلك في المقام ، وإلّا لما وجد فيه الخلاف ، ونفس تفصيل السيّد (رحمه الله) كاشف عن أنّ المطلب نظري وليس أمراً بديهيّاً .

وأمّا ما أفاده السيّد (قدّس سرّه) فالظاهر عدم تماميته أيضاً بل التحقيق عكس ما ذكره (قدّس سرّه) وبطلان المعاملة في الصورة الأُولى دون الثانية ، وذلك لأنّ العقد عبارة عن الربط والشدّ بين الالتزامات النفسية والاعتبارات المبرزة في الخارج ، لا الربط بين الألفاظ كما هو واضح ، وعليه فإذا أبرز الموجب التزامه النفسي بالايجاب في زمان لم يكن القابل فيه قابلاً للمعاقدة كما إذا كان مجنوناً أو نائماً أو مغشياً عليه وبعده صار قابلاً لها فأنشأ القبول وأبرز به التزامه فقد شدّ بينه وبين التزام البائع لأنّ المفروض أنّ البائع باقٍ على التزامه الذي أبرزه في زمان جنون القابل أو نومه فلا ينبغي الإشكال في صدق العقد عليه وتحقّق المعاقدة به ويشمله عموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٣]

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٢ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(١) وهو ظاهر .

وهذا بخلاف ما إذا أبرز الموجب اعتباره النفساني خارجاً ثمّ خرج عن قابلية الانشاء لجنون أو غشوة أو نوم أو موت وأنشأ المشتري اعتباره في ذلك الزمان ، فإنّه لا يكون موجباً لربط الالتزام بالالتزام ، إذ لا التزام للبائع حينئذ ليرتبط بالتزام المشتري ، بل زال التزامه حقيقةً في صورة الموت وحكماً في صورة الجنون والغشوة والنوم ، إذ لا اعتبار بالتزام المجنون وهو واضح .

فتحصّل : أنّ الحقّ هو التفصيل بين ما إذا كان إنشاء المشتري في زمان عدم قابلية البائع للمعاملة وما إذا كان إنشاء البائع في زمان عدم قابلية المشتري للمعاقدة ، بالبطلان في الأوّل والصحّة في الثاني ، لعدم لزوم كون المشتري في زمان إنشاء البائع قابلاً للمعاملة كما عرفت ، بل هذا هو الذي جرت عليه السيرة المستمرّة بين العقلاء فإنّهم يتعاملون بالمكاتيب في الأماكن البعيدة وبالبرقيات والتلفون مع أنّ المشتري في زمان إرسال المكتوب أو تلفونه أو برقيته غافل عن المعاملة أو نائم أو غير ذلك ممّا يخرجه عن كونه قابلاً للمعاملة ، فالتحقيق ما ذكرناه على عكس ما أفاده السيّد (قدّس سرّه) ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) ذكر أنّهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره ، ومقتضاه عدم اعتبار الرضا من أحدهما حين العقد بل يكفي حصوله بعده فضلاً عن حصوله بعد الايجاب وقبل القبول ، وهذا ينافي ما اشترطوه في صحّة المعاملة من كون كلّ واحد منهما قابلاً للمعاملة حين إنشاء الآخر ، اللهمّ إلّا أن يلتزم بأنّ الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع ، هذا .

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ١٧٨ .

ولا يخفى أنّ الحكم في المكره ليس لدليل خارجي من الإجماع ونحوه لأنّه لا يوجب صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفاً كما هو واضح ، فلابدّ من التكلّم في أنّ الحكم فيه على خلاف القاعدة وأنّ مقتضى القاعدة بطلانه لعدم وقوعه في حال يجوز لكلّ واحد منهما الانشاء ، أو أنّ الحكم فيه على وفق القاعدة وأنّ ما ذكرناه من اشتراط وقوعه في حال يصحّ المعاملة من كلّ واحد غير صحيح ، وأنّ القاعدة غير مقتضية له .

والتحقيق أنّ صحّة بيع المكره وإن لم تكن على خلاف القاعدة إلّا أنّها أجنبية عمّا نحن بصدده ، فإنّ مورد بحثنا هي الأُمور المعتبرة في العاقد بما هو عاقد بحيث يكون صدور العقد عنها كالبلوغ والعقل ونحوهما ، وأمّا الرضا فقد يراد به الارادة والاختيار وهو بهذا المعنى معتبر في العاقد بما هو عاقد فلابدّ من صدور العقد عنه فإذا أنشأ بيع ماله هزلاً ثمّ اختاره بعد ذلك لم يجز ، وقد يراد به طيب النفس بأن لا يكون الاختيار ناشئاً عن إجبار الغير وإكراهه ، وهو بهذا المعنى يعتبر في المالك دون العاقد ، ولذا يصحّ العقد من المكره على إجرائه إذا كان المالك راضياً ، فلا يعتبر صدور العقد عنه ، نعم لابدّ أن يستفاد من الأدلّة كقوله تعالى ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ولو بالقرائن الخارجية أنّ المعتبر في صحّة العقد الأعمّ من الرضا المقارن والمتأخّر وسنتكلّم فيه في محلّه إن شاء الله تعالى ، وعلى أي حال لا يقاس بيع المكره بالمقام .

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري(١) ذكر صورة اختلاف المتبايعين في شروط العقد تقليداً أو اجتهاداً كما إذا اعتبر أحدهما العربية في العقد دون الآخر ، فقال الموجب :

---

(١) المكاسب ٣ : ١٧٨ .

بعتك هذا بكذا وقال المشتري : قبول كردم آن مال را بقيمت كـذا ، فـهل يحكـم بصحّته مطلقاً أو يحكم بفساده مطلقاً ، أو أنّه يفصّل بين ما إذا كان العقد المركّب من الايجاب والقبول ممّا لا قائل بصحّته وبين ما إذا كان المركّب منهما صـحيحاً عـند أحدهما دون الآخر ، فالأوّل محكوم بالبطلان دون الثاني ، وهـذا كـما إذا اعـتبر أحدهما العربية في العقد دون الماضوية واعتبر الآخر الماضوية دون العربية ، فقال البائع : أبيعك هذا المال بكذا وكذا وقال المشتري قبول كردم الخ ، فإنّ مجموع هذا العقد المركّب من الايجاب العربي غير الماضي والقبول الفارسي الماضي باطل عند كلّ واحد من المتعاملين ، لأنّ الأول اعتبر العربية في الايجاب والقبول والمفروض أنّ القبول غير عربي ، والثاني اعتبر الماضوية في الايجاب والقبول والمفروض أنّ الايجاب غير ماض ، فهو باطل عند كلّ واحد منهما .

وهذا بخـلاف مـا إذا اعـتبر أحـدهما العـربية دون الآخـر فأنشأ القـبول بالفارسي ، فإنّ العقد حينئذ باطل عند من اعتبر العربية فـقط دون مـن لم يـعتبر العربية ، فإنّ العقد عنده يصحّ إذ لا يرى العربية مانعة عن صحّة العقد وإنّما يـرى عدم اعتبارها بالخصوص .

أو يفصّل بما فصّل به شيخنا الأنصاري من أنّ الاختلاف في الايجاب والقبول إن أدّى إلى تخلّف الشرط في كلّ واحد منهما فهو يوجب البطلان وإن لم يؤدّ إليه وإنّما أوجب تخلّف الشرط في خـصوص أحـدهما فـهو لا يـوجب البـطلان ، والأوّل كالاختلاف في التنجيز والموالاة فإذا رأى أحدهما صحّة التعليق في العقود فأوجب البيع معلّقاً على مجيء زيد والآخر يرى اعتبار التنجيز في المعاملات فقبله مـطلقاً فإنّ القبول لمّا كان قبولاً لما أنشأه البائع مثلاً لاعتبار التطابق بين الايجاب والقبول كان القبول أيضاً معلّقاً على مجيء زيد كما أنشأه البائع ، فقد تخلّف التنجيز عن كلّ واحد من الايجاب والقبول ، وكذا الحال في الموالاة لأنّه إذا أوجب البـيع ويـرى

اعتبار الموالاة في العقود وكان المشتري ممّن لا يرى اعتبار الموالاة فيها فنام وتأخّر ساعة ثمّ أنشأ القبول ، فإنّه يوجب عدم اتّصاف شيء من الايجاب والقبول بالموالاة ، والثاني كالاختلاف في اعتبار العربية وعدمه ، فإنّه إذا أنشأ القبول بغير العربي فهو لا يوجب أن يكون الايجاب أيضاً غير عربي وذلك ظاهر ، هذا .

أمّا التفصيل الأول فهو كما ذكره شيخنا الأنصاري(١) أردأ الوجوه وممّا لا يمكن الالتزام به ، لعدم الاعتبار بكونه ممّا لا قائل بصحّته منهما لاحتمال خطئهما وكون العقد صحيحاً واقعاً ، وهذا نظير ما لو أفتى أحد المجتهدين المتساويين بوجوب السورة في الصلاة ولم يعتبر التعدّد في التسبيحات الأربعة واكتفى فيها بمرّة واحدة وأفتى الآخر بعدم وجوب السورة في الصلاة ولكنّه اعتبر التعدّد في التسبيحات ثلاث مرّات ، وقد قلّد أحد الثاني منهما في الركعتين الأوّلتين فلم يأت بالسورة فيهما ، وقلّد الأوّل منهما في الركعتين الباقيتين فلم يأت بالتسبيحات ثلاث مرّات ، فإنّ صلاته هذه وإن كانت باطلة عند كلّ واحد من المجتهدين إلّا أنّه لا يوجب بطلانها واقعاً لاحتمال خطئهما وكون ما أتى به المقلّد صحيحاً واقعياً ، فيجوز الاجتزاء به لأنّ المقلّد معتمد في كلا عمليه على حجّة شرعية .

وأمّا الوجهان الأوّلان فقد بناهما شيخنا الأنصاري على أنّ الطرق والأمارات مجعولة على نحو الطريقية أو على نحو السببية والموضوعية ، فإن قلنا بالطريقية فلا محالة يكون العقد باطلاً ، لأنّ الحكم الظاهري على الطريقية إنّما يكون عذراً لمن لم ينكشف الخلاف لديه ، فلا يمكن الاجتزاء بها لمن يراها فاسدة ولو صدرت ممّن يراها صحيحة ، وهذا بخلاف القول بالسببية والموضوعية ، فإنّ قيام الأمارة حينئذ يوجد مصلحة في المتعلّق ويجعله حكماً واقعياً كالأحكام الواقعية

---

(١) المكاسب ٣ : ١٧٨ .

الثانوية نظير التيمّم بالنسبة إلى فاقد الماء فيكون حكماً واقعياً في حقّ الجميع ويكون العقد صحيحاً واقعياً عند كلّ أحد ، وهذا بخلاف القول بالطريقية كما عرفت ، نعم باب النكاح خارج عن ذلك قطعاً ، لأنّ من عقد زوجة بعقد باطل عند غيره لا يحكم عليه بالبطلان ولا يجوز ترتيب آثار عدم الزوجية عليها ، وقد سمعنا من المرحوم شيخ الشريعة الأصفهاني أنّه لو جاز ذلك ولم يحكم عليه بالصحّة لجاز أن يعقد الابن على زوجة أبيه فيما إذا رأى بطلان عقد أبيه ، وكان يستدلّ على ذلك بأنّه يطلق عليه الزوج عرفاً ، وكذا يقال إنّها زوجة فلان ، وهذا المقدار يكفي في الحكم بأنّها زوجة له ويمنع عن عدم ترتيب آثار الزوجية عليها .

ولكن الحقّ أن يستدلّ عليه بمفهوم قوله (عليه السلام) لكلّ قوم نكاح(١) فإنّه دلّ على ترتيب آثار الزوجية والنكاح على عقد كلّ قوم ، فيلزم ذلك في عقد المسلمين بطريق أولى ، هذا .

وقد أورد جماعة(٢) على شيخنا الأنصاري بأنّ مؤدّى الطرق على تقدير كونها معتبرة على نحو الموضوعية والسببية إنّما تصير أحكاماً واقعية وذات مصلحة في حقّ من قامت عنده لا في حقّ غيره ، مثلاً إذا قامت الأمارة على وجوب صلاة الجمعة يومها فهي إنّما تصير ذات مصلحة وحكماً واقعياً بالنسبة إلى من قامت الأمارة عنده لا بالنسبة إلى الغير وذلك ظاهر ، ولازم ذلك أنّ حال الأحكام الظاهرية على السببية لا يغاير حالها بناءً على الطريقية ، لاختصاص اعتبارها في حقّ من قامت عنده على كلا القولين ، هذا .

---

(١) الوسائل ١٧ : ٢٩٩ / أبواب ما يكتسب به ب ٩٥ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

(٢) منهم المحقّق الايرواني في حاشيته على المكاسب ٢ : ١٠٩ ، ومنهم المحقّق الخراساني في حاشيته : ٢٩ .

ولشيخنا المحقّق (قدّس سرّه)[١] في الجواب عن هذا الإشكال كلام يفرّق فيه بين الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية بناءً على القول بالسببية في الأمارات وقد ذكره في بحث الاجزاء[٢] وبحث تبدّل الرأي في الأُصول أيضاً وملخّصه : أنّ بعض الأحكام الوضعية كالملكية ونحوها على القول بالسببية تثبت في حقّ الجميع ولا تختصّ بشخص دون شخص ، مثلاً الملكية عبارة عن الاضافة بين المالك والمملوك فإذا دلّ دليل على كفاية العقد الفارسي في الملكية مثلاً ، فلنا أن نسأل عن أنّ هذا الدليل الدالّ على عدم اعتبار العربية في الملكية هل يقتضي إيجاد الاضافة بين الملك والمالك واقعاً بالعقد غير العربي بناءً على السببية والموضوعية أو لا يقتضي إيجادها واقعاً ، فإن لم يقتض إيجادها في الواقع فهو خلاف الفرض من أنّ مؤدّيات الأمارات بناءً على السببية تصير أحكاماً واقعية ، وإن اقتضى إيجادها فالملكية متحقّقة حتّى بالنسبة إلى غير من قامت عنده الأمارة وينبغي ترتيب الجميع آثار الملكية عليها ، لأنّ الاضافة إن حصلت فهو ملك حقيقة في حقّ الجميع وإن لم تحصل فهو منافٍ للقول بالسببية والموضوعية .

وهذا بخلاف الأحكام التكليفية ومثل الطهارة والنجاسة من الأحكام الوضعية ، فإنّها تختلف باختلاف الاضافات ، فيكون شيء حراماً بالاضافة إلى شخص وحلالاً بالاضافة إلى شخص آخر ، وعلى ذلك بنى الاجزاء في الأحكام الوضعية وفي بحث تبدّل الرأي فراجع .

وما أفاده متين واقعاً ، وعليه يتمّ ما أفاده شيخنا الأنصاري من الابتناء

---

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٢٩٥ .

(٢) رسالة في الاجتهاد والتقليد (الأصفهاني) : ١٨٨ .

في المقام وأنّه بناءً على السببية والموضوعية يصحّ العقد في حقّ كلّ واحد منهما، دون القول بالطريقية.

ولكن السببية بجميع أنحائها وشقوقها حتّى السببية السلوكية باطلة عندنا وعليه فالحقّ عدم جواز اجتزاء من يوافق رأيه الاحتياط بفعل غيره عند الاختلاف.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

الأول : قال الشيخ (رحمه الله)[١] لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً عليه، ونقل عن الشيخ الطوسي الإجماع على الضمان ثمّ استدلّ (قدّس سرّه) بدليلين :

الأوّل : النبوي المعروف « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه » نقله في كتاب الغصب من المستدرك[٢] عن الشيخ أبي الفتوح الرازي في تفسيره عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله) أنّه قال « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه » لأنّه ظاهر في استقرار المال في عهدة المشتري.

الثاني : رواية جميل بن درّاج في نكاح الوسائل عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في رجل اشترى جاريةً فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال : يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته »[٣] بتقريب أنّ الولد نماء لم يستوفه المشتري فضمانه يستلزم ضمان الأصل أعني الأمة المقبوضة بالعقد الفاسد

(١) المكاسب ٣ : ١٨٠.

(٢) المستدرك ١٧ : ٨٨ / كتاب الغصب ب١ ح٤.

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٠٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح٣.

بطريق أولى .

ولكن لا يمكن الاستدلال للضمان بشيء منهما . أمّا رواية « على اليد » فقد ذكرنا في الأُصول(١) الإشكال في التمسّك بالنبوي وأمثاله من الأخبار الضعيفة ، لأنّ استناد المشهور في مقام الفتوى إلى النبوي غير ثابت ، وعلى تقدير الاستناد قد ذكرنا أنّ عملهم به لا يوجب الانجبار .

وأمّا رواية الجارية المسروقة فهي خارجة عن محلّ كلامنا ، لأنّ كلامنا فيما إذا صدر البيع من مالك المال غاية الأمر كان فاسداً لانتفاء شرط من شروطه ، فيمكن أن يتوهّم عدم الضمان من جهة إلغاء المالك احترام ماله ، وهذا بخلاف مورد الرواية لأنّ موردها صدور العقد عن الغاصب ولا إشكال أنّ الضمان في مثل ذلك على القاعدة .

بل عمدة الدليل هي السيرة العقلائية الثابتة قبل الشريعة ، حيث إنّ المالك لم يعط ماله مجّاناً وبلا عوض ، ولا كلام أنّها ممضاة للشارع حيث لم يردع عنها .

وما يظهر من الشيخ (قدّس سرّه) في المبسوط(٢) من تعليله للضمان في العقد الفاسد بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه ، يكون بصدد إظهار هذا المعنى الارتكازي العقلائي ، فالمقدار الخارج عن الضمان ما إذا سلّط المالك غيره على ماله مجّاناً ، وأمّا غير هذه الصورة فباق على الضمان بحكم السيرة القطعية .

ثمّ إنّ السيّد (قدّس سرّه)(٣) استظهر في الحاشية من كلام الشيخ وصاحب الجواهر اختصاص محلّ النزاع بالتلف السماوي ، وأمّا الاتلاف فلا إشكال في ثبوت

---

(١) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٢٧٩ فما بعدها .

(٢) المبسوط ٣ : ٥٨ ، ٦٥ ، ٦٨ ، ٨٥ ، ٨٩ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٣ .

الضمان به لقاعدة من أتلف ، ثمّ أشكل على ذلك بما حاصله أنّ قاعدة « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي » موجبة للضمان في التلف السماوي كما أنّ قاعدة « من أتلف » موجبة له في الاتلاف ، وإذا كان إذن المالك موجباً لعدم شمول الأُولى فكذا الثانية . وهذا الإشكال متين جدّاً والتخصيص لا وجه له .

ثمّ إنّه قال الشيخ[1] إنّ هذه المسألة من صغريات القاعدة المعروفة : « كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » فلابدّ من بيان معناها أوّلاً فنقول : إنّ المراد بالضمان كون المال في العهدة كما هو معناه لغةً وعرفاً ، وليس المراد به وجوب دفع المثل أو القيمة ، بل هما من الآثار المترتّبة على الضمان لا نفسه . وأمّا العقد فليس المراد به النوع بأن يكون معنى القاعدة كلّ عقد يضمن بنوعه حتّى تدخل عارية الذهب والفضّة في عكس القاعدة ، لأنّ العارية لا يضمن بنوعها ، وكذا ليس المراد به الصنف بمعنى كلّ صنف من العقود يضمن بصحيحه يضمن بفاسده حتّى تدخل عارية الذهب والفضّة في الأصل ، بل المراد به الشخص ومعنى القاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحه إذا فرض تحقّقه في الخارج صحيحاً يضمن بفاسده إذا تحقّق فاسداً فالقاعدة من قبيل القضايا الحقيقية وهكذا عكسها ، والسرّ في حمل العقد على الشخص أنّه لم يرد في هذه القاعدة دليل لفظي ليحمل على النوع أو الصنف ، وإنّما هي على طبق السيرة وقوله (صلّى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي » على فرض اعتباره ، وما ينطبق عليهما هو ما إذا اُريد الشخص لا النوع والصنف . وعليه فلا يعتبر أن يكون الضمان وعدمه من مقتضيات نفس العقد بطبعه ، بل القاعدة جارية ولو كان الضمان أو عدمه في العقد لخصوصية فيه ، فالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اُجرة لا ضمان فيهما .

---

(١) المكاسب ٣ : ١٨٢ .

وأمّا لفظة « الباء » في القاعدة فيحتمل أن تكون للظرفية ويحتمل أن تكون للسببية ، ووجه احتمال السببية هو أنّ سبب الضمان في العقد الصحيح أو الفاسد وإن كان هو القبض ، إلّا أنّه إنّما يوجب الضمان إذا كان بعنوان الوفاء بالعقد ، وإلّا فالقبض في نفسه مع قطع النظر عن كونه مترتّباً على العقد المعاوضي لا يوجب الضمان قطعاً وأمّا كونها للسببية التامّة فغير محتمل ، لعدم كون العقد علّة تامّة للضمان لا تكويناً ولا تشريعاً ، فإنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، كما أنّ ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في وجه سببية العقد الفاسد من أنّه منشأ للقبض الذي هو سبب للضمان لا يمكن المساعدة عليه ، فإنّ الضمان حينئذ لا يستند إلى العقد ، فإنّه نظير إسناد نجاسة الميتة أو العصير إلى الشمس لكونها سبباً للموت أو الغليان ، وهو واضح الفساد .

وأمّا مدرك تلك القاعدة فقد استدلّ لها بأمرين :

الأوّل : إقدام الآخذ على الضمان ودخوله على أن يكون المال مضموناً عليه لا مجّاناً كما يظهر من المسالك(١). استدلّ به الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) للضمان في موارد كثيرة حيث علّل الضمان فيها بأنّ الآخذ أقدم على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى ، فإذا لم يسلم له المسمّى رجع إلى المثل أو القيمة ، وأشكل عليه شيخنا الأنصاري(٢) بأنّهما أقدما بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ وهو الضمان بالمسمّى وبما أنّ الشارع لم يمض هذه المعاملة انتفى الضمان الخاصّ ، فلو سلّمنا الضمان بها لكان تابعاً لدليله الخاص من قبل الشرع .

وأمّا توهّم أنّ الفرد إذا فسد بقي طبيعي الضمان في ضمن فرد آخر فـفاسد لأنّهما لم يقدما إقدامين بل أقدما على شيء واحد والمفروض عدم إمضائه من قبل

---

(١) المسالك ٤ : ٥٦ .

(٢) المكاسب ٣ : ١٨٨ .

الشارع . هذا مضافاً إلى أنّ نسبة الاقدام مع الضمان في موارد العقود الفاسدة عموم من وجه ، فربما يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كتلف المبيع قبل القبض ، وربما يكون بالعكس أي يوجد الضمان بلا إقدام كما لو قال بعتك بلا ثمن وآجرتك بلا أُجرة وكما لو شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري فدليل الاقدام منقوض طرداً وعكساً ، هذا ملخّص ما أفاده .

ولكنّا ذكرنا أنّ ثبوت الضمان بالاقدام هو الصحيح لأنّه ارتكازي للعقلاء وأنّ السيرة قائمة على أن يكون الأخذ بعنوان كون ضمانه وخسارته عليه موجباً للضمان ، وليس المراد أنّ نفس الاقدام يكون موجباً للضمان حتّى يناقش فيه بما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بل المراد أنّ أخذ مال الغير والاستيلاء عليه بلا تسليط مجّاني من المالك موجب للضمان كما عليه السيرة القطعية العقلائية الممضاة من قبل الشارع ، فثبوت الضمان إنّما هو بالاقدام المنضمّ إلى الاستيلاء ، والمراد من الاقدام على الضمان عدم الاقدام على المجّانية ، وحيث إنّ الشارع لم يمض الضمان بالمسمّى في العقد الفاسد فيثبت الضمان بالمثل أو القيمة ، فلا وجه لمناقشة الشيخ (قدّس سرّه) فيه كما لا وجه لما ذكره من الأمثلة لعدم الطرد والعكس ، لأنّ في تلف المبيع قبل القبض وإن كان الاقدام موجوداً إلّا أنّه لم يقدم على الضمان على الاطلاق بل إنّما أقدم على الضمان بشرط القبض ، ولذا قامت السيرة على عدم الضمان قبل القبض .

وأمّا مسألة البيع بلا ثمن وهكذا الاجارة بلا أُجرة فهما في الحقيقة من الهبة والعارية المجّانية وليسا بيعاً ولا إجارةً بل يكونان على صورة البيع والاجارة فيدخلان في عكس القاعدة أعني ما لا يضمن بصحيحه ، فكما لا إقدام فيهما على الضمان لا ضمان فيهما أيضاً . وأمّا ثبوت الضمان على المشتري مع اشتراطه على البائع في العقد كما ذكره الشيخ (رحمه الله) فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّ الاقدام على الضمان موجود من جهة الالتزام البيعي ، واشتراطه على البائع أمر أجنبي عن الالتزام

البيعي ، ومع فرض فساد البيع يفسد الشرط فيثبت الضمان على المشتري بمقتضى إقدامه البيعي .

فالنقوض بأجمعها مدفوعة ، والاستدلال بالاقدام بالمعنى الذي ذكرناه متين جدّاً ويرجع إلى السيرة التي بيّناها ، وهي تشمل ضمان الأعيان والأفعال والمنافع أجمع .

الثاني : قوله (صلّى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه »(١) ولكن ذكرنا أنّه ضعيف سنداً وأنّ استناد القوم إليه غير معلوم وأنّ عملهم على تقدير الاستناد لا يوجب الانجبار ، وعلى فرض التنزّل والتسليم لصحّته فقد ذكر الشيخ(٢) أنّه مختصّ بالأعيان ولا يشمل المنافع والأعمال .

وليس الوجه في عدم شموله للمنافع ما توهّم من عدم قبولها للأخذ ، فإنّ المراد بالأخذ هو الاستيلاء ، والاستيلاء على كلّ شيء بحسبه ، فيمكن الاستيلاء على المنافع بتبع الاستيلاء على العين ، كما يكون تسليمها بتسليم العين . نعم الأعمال غير قابلة للأخذ ، فإنّ الفعل وإن صدر بأمر الآمر إلّا أنّه لا يصدق عليه أنّه أخذه فخياطة الثوب وإن صدرت بأمر من مالك الثوب إلّا أنّه لا يقال أخذ الخياطة ، وإنّما يقال أخذ الثوب المخيط ، فعنوان الأخذ يشمل المنافع دون الأعمال .

بل الوجه في عدم شموله للمنافع هو ذيل النبوي من قوله (صلّى الله عليه وآله) حتّى تؤدّي أو تؤدّيه ، فإنّه ظاهر في أداء نفس المأخوذ ، وهو إنّما يمكن في الأعيان فإنّ المنافع لا يمكن أن تؤدّى بنفسها ، فيكون هذا قرينة على أنّ المراد بالموصول خصوص الأعيان دون المنافع ودون الأعمال ، ولذا استدلّوا على ضمان المنافع

---

(١) المستدرك ١٧ : ٨٨ / كتاب الغصب ب١ ح٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ١٩٠ .

والأعمال بأُمور أُخر نحن في غنى عنها بعد عموم السيرة لمطلق الأموال .

وأمّا الأدلّة الأُخرى التي استدلّ بها الشيخ (قدّس سرّه) للضمان في العقود الفاسدة **فمنها** : ما ورد في كتاب الغصب من المستدرك عن النبي (صلّى الله عليه وآله) قال « المسلم أخو المسلم لا يحلّ ماله إلّا عن طيب نفس منه »(١).

وفيه : أنّ هذه الحلّية هي الحلّية التكليفية لا الوضعية ، لأنّ الظاهر أنّ إسناد الحلّ إلى المال إنّما هو بلحاظ التصرّف فيها ، فيكون معناه لا يجوز التصرّف في مال الغير إلّا برضاه ، وإنّما أُسند الحلّ إلى المال نظير قوله تعالى **﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾**(٢) وأمثال ذلك ، ولا تدلّ على إثبات الضمان . ويؤيّد ما ذكرناه : أنّ طيب النفس راجع إلى التصرف لأنّه لا معنى لطيب النفس بالعين .

ومنها : ما عن حجّ المستدرك(٣) عن البحار عن قضاء الحقوق للصوري عنه (صلّى الله عليه وآله) مثله وزاد في آخره « وحرمة ماله كحرمة دمه » .

والمراد بالحرمة فيه الاحترام لا الحرمة التكليفية ، فالاستدلال به على الضمان في الأعيان وغيرها وإن كان صحيحاً لأنّه مقتضى الاحترام إلّا أنّه يختصّ بصورة إتلاف العين أو استيفاء المنفعة أو صدور العمل بأمر منه ، ولا يشمل صورة التلف مع عدم التعدّي والتفريط لأنّ احترام المال لا يقتضي الضمان في هذه الصورة .

ومنها : ما ورد من « أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد »(٤).

وفيه أيضاً : أنّه لا يشمل صورة التلف ، فإنّ ثبوت الحقّ فيها أوّل الكلام .

---

(١) المستدرك ١٧ : ٨٨ / أبواب كتاب الغصب ب١ ح٥ .

(٢) النساء ٤ : ٢٣ .

(٣) المستدرك ٩ : ١٣٨ / أبواب أحكام العشرة ب١٣٨ ح٦ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٣١٠ / كتاب الوصايا ب٢٠ ح٣ .

ومنها: موثّقة زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) في قصّة سمرة بن جندب عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله) قال (صلّى الله عليه وآله): «إنّك ـ ياسمرة ـ رجل مضارّ ولا ضرر ولا ضرار على المؤمن»(١) وما يقرب هذا المضمون في سائر الروايات من نفي الضرر شرعاً.

وفيه: أنّه قد ذكرنا في مبحث الأُصول(٢) أنّ دليل لا ضرر مختصّ برفع الأحكام الوجودية المجعولة في الشريعة الناشئ منها الضرر، وأمّا إذا ترتّب الضرر في مورد على عدم جعل الحكم كما في المقام حيث يتوجّه الضرر على المالك من عدم الحكم بالضمان، فلا يجري فيه دليل لا ضرر حتّى يقتضي جعل ذلك الحكم وإثباته على أنّ القاعدة إنّما تجري فيما إذا استوفى المنافع أو أتلف العين أو عمل عملاً بأمره وأمّا إذا تلف بتلف سماوي فلا موجب لضمان الآخذ لتضرّره بالضمان، فقاعدة لا ضرر في طرفه معارضة بها في الطرف الآخر ونسبتها إلى الطرفين على حدّ سواء. وبالجملة لا فرق بين الآخذ وبين سائر الناس، فالقول بضمانه دونهم بلا مرجّح فإذا وجب تدارك ضرر المالك فلماذا يجب على الآخذ فليجب من بيت المال أو سائر الناس.

هذا، مضافاً إلى أنّ لا ضرر لا يجري ولو في صورة الاتلاف، وذلك لأنّ الاتلاف موجب لضمان ما أقدم عليه وهو المسمّى، وأمّا لو أتلفه وقوّم بأضعاف قيمة المسمّى لا يكون ضامناً بالنسبة إلى المقدار الزائد، فهذا أيضاً غير دالّ على الضمان في المقام، بل التحقيق في الدليل ما ذكرناه من السيرة العقلائية وأنّ الآخذ إنّما يقدم على أن يكون المال مضموناً عليه ومع العوض لا مجّاناً.

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٢٩ / كتاب إحياء الموات ب١٢ ح٤.

(٢) لاحظ مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٦٤٨ فما بعدها.

بقي أمران : الأوّل أنّه بناءً على الضمان هل يكون مختصّاً بما إذا كان مورد العقد الفاسد عيناً من الأعيان قد قبضها الآخذ أو منفعة استوفاها أو عملاً صادراً عن أمره أو يعمّ غيرها كالسبق في المسابقة الفاسدة ، فإنّه ليس عملاً استوفاه المسبوق وانتفع به كما أنّه لم يصدر بأمره وليس عيناً وقعت في يده ؟ الظاهر الاختصاص ، لاختصاص الأدلّة المذكورة في كلام الشيخ (قدّس سرّه) ، نعم سيرة العقلاء قائمة على الضمان في مثل السبق أيضاً ، ولكن بما أنّ المسابقة مقامرة لم يمضها الشارع إلّا في العقد الصحيح فالسيرة مردوع عنها لا يمكن الحكم بالضمان في العقد الفاسد بمقتضاها .

الثاني : أنّ الضمان هل يختصّ بصورة جهل الدافع بالفساد أو يعمّ صورة علمه ، سواء كان القابض عالماً أو جاهلاً ؟ فقد يتوهّم اختصاص الضمان بصورة جهل الدافع بالفساد ويستدلّ له بوجهين :

الأوّل : أنّ الدافع إذا كان عالماً بالفساد فقد سلّط القابض على ماله مجّاناً كما هو تعبير الشيخ (قدّس سرّه) في بيع الغاصب ، أو يكون المال أمانة مالكية عند القابض كما هو تعبيره في المقام ، والمطلب واحد ، وهذا الوجه يجري في كلا فرضي علم القابض بالفساد وجهله .

الثاني : ـ وهو مختصّ بصورة جهل القابض بالفساد ـ أنّ القابض حينئذ مغرور قد غرّه الدافع ، والمغرور يرجع على من غرّه ، فلا ضمان عليه .

وفي كلا الوجهين من حيث الصغرى نظر ، وأمّا الكبرى فللبحث عنها مقام آخر .

أمّا الوجه الأول وكون التسليط مجّانياً فهو خلاف الوجدان ، لأنّ الدافع إنّما يسلّط القابض على ماله بعنوان المعاوضة وعلى أنّه مالك ولو تشريعاً كما في سائر المعاملات الفاسدة من القمار ونحوه ، وإلّا لزم عدم ضمان القابض لما يأخذه في القمار

وبيع الخمر ونحوهما إذا كان الدافع عالماً بالفساد ، فإنّ التسليط حينئذ يكون مجانياً غير موجب للضمان خصوصاً إذا كان القابض جاهلاً بالفساد بشبهة موضوعية فإنّ توهّم الغرور أيضاً يكون جارياً فيه ، نعم فيما كان الجهل بشبهه حكمية لا مجال للتغرير ، لأنّه كان مكلّفاً بالفحص فلم يفعل فليس بمغرور ، وهذا منافٍ للفتاوى وإطلاق الأدلّة الدالّة على أنّ ثمن الخمر ومهر البغي ونحو ذلك سحت .

وأمّا الوجه الثاني أعني الغرور فلأنّ الغرور متقوّم بأمرين : علم الغار وجهل المغرور ، ولا يصدق عنوان الغرور إذا انتفى أحدهما ، والقابض في الفرض وإن كان جاهلاً بفساد المعاملة إلّا أنّه عالم بالضمان وهو مقدم عليه ، غايته الضمان بالمسمّى لا أكثر ، ولا كلام لنا الآن في ذلك ، بل لا يبعد القول بعدم ضمانه بالاضافة إلى الزائد على المسمّى ، نعم يصدق الغرور فيما إذا كانت المعاملة مبنية على المجانية كالهدية وتقديم الطعام للضيف وكان ذلك فاسداً من جهة كون المال لغير المهدي ، فيكون مغروراً يرجع فيما اغترمه على الغار . هذا تمام الكلام في أصل القاعدة .

وأمّا عكس القاعدة وهو كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فقد علم حكمه ممّا سبق في أصلها ، لأنّه لو كان مدرك الضمان هو قاعدة اليد فتشمل حتّى الموارد التي لا ضمان في صحيحها ، فلابدّ من تخصيص القاعدة بدليل خاصّ في موارد عدم الضمان في الصحيح ، والمخصّص على ما ذكره الشيخ[1] في ذيل عبارته هو عموم ما ورد[2] من أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن ، وأمّا على ما سلكناه في المدرك للضمان في أصل القاعدة من السيرة العقلائية فهي مختصّة بما يضمن بصحيحه أي بما إذا لم يقدم المالك على بذل ماله مجّاناً أو أمانة أو عارية ، فإنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ١٩٧ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٧٩ / كتاب الوديعة ب ٤ .

هذه الموارد لا تشملها السيرة القائمة على الضمان ، فمن الأوّل يكون دليل الضمان غير شامل لهذه الموارد ولا يحتاج إلى مخصّص .

ثمّ إنّ القاعدة على تقدير تماميتها تكون مخصّصة لحديث اليد لا محالة ، لأنّها أخصّ منه وواردة في مورده ، ولا معنى لكونها معارضة به كما توهّم .

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه) أورد نقوضاً على عكس القاعدة .

منها : الاجارة الفاسدة ، لأنّ العين فيها غير مضمونة في الصحيحة بخلاف الفاسدة لأنّ العين مضمونة فيها كما عن الرياض[1] وجامع المقاصد[2] ووجه الضمان إمّا احتمال التخصيص أو التخصّص . أمّا الأوّل : فدعوى أنّ قاعدة اليد مخصّصة لعكس القاعدة . وفيه : أنّ مورد قاعدة ما لا يضمن هو اليد والاستيلاء فتلك القاعدة مخصّصة لليد . وأمّا الثاني : فدعوى أنّ قاعدة ما لا يضمن إنّما تجري في مورد العقد ولا كلام أنّ مورد العقد في الاجارة هو المنفعة لا العين ، فتكون العين خارجة عن القاعدة ، غاية الأمر لمّا كان استيفاء المنفعة متوقّفاً على تسليم العين في الاجارة الصحيحة يكون تسليم العين في الاجارة الصحيحة أمانة مالكية وشرعية فلا ضمان ولذا يجبر المالك على تسليم العين مع امتناعه عنه ، ولكن في الفاسدة لا يكون العين أمانة لأنّ الموجر إنّما سلّم العين بتخيّل صحّة الاجارة وأنّ التسليم واجب عليه ، ولمّا كانت فاسدة فيكون المستأجر ضامناً لها بمقتضى حديث على اليد لكون يده على العين يد عدوان ، وأمّا نفس المنفعة فبما أنّها مورد العقد فتدخل في أصل القاعدة أي كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، هذا .

ولكن التحقيق عدم الضمان في الاجارة الفاسدة للعين كما هو المشهور ، لأنّ

---

(١) الرياض ١٠ : ٤٤ .

(٢) جامع المقاصد ٦ : ٢١٦ .

محل النزاع في المقام مختصّ بما إذا كان استيفاء المنفعة متوقّفاً على تسلّط المستأجر على العين وكان دخول العين تحت يد المستأجر باقتضاء عقد الاجارة ، وأمّا إذا لم يتوقّف استيفاء المنفعة على تسلّط المستأجر عليها فلم تدخل العين تحت يده بل كانت تحت يد المالك فتلفت عنده أو دخلت العين تحت يده وتسلّط عليها ، لكن لا من جهة اقتضاء عقد الاجارة ذلك ، بل من جهة أمر خارجي كاشتراط مستأجر الحيوان على المالك نقل متاعه بنفسه ولكن استدعى مالك الحيوان من المستأجر أن يأخذ الحيوان معه ، فلا ضمان على المستأجر في هذين الفرضين بلا نزاع ، وفي محلّ النزاع إن كان مراد المستدلّ أنّ العين خارجة عن مورد التمليك فهو صحيح ولكن الاجارة إنّما تتضمّن تمليك المنفعة وشرطاً ضمنياً وهو لزوم تسليم العين مجّاناً ، لأنّ استيفاء المنفعة متوقّف على تسلّطه عليها ، فاذن يكون العين داخلة في العقد بالشرط الضمني الارتكازي ، فكما تكون الاجارة الصحيحة غير موجبة لضمان العين ففي الفاسدة كذلك . وأمّا ما ذكره المحقّق الخراساني(١) في مقام الجواب من أنّ العين داخل في مورد العقد ولذا يقال آجرتك الدار ولا يقال آجرتك المنفعة فغير محتاج إليه ، لأنّه ليس المراد اللفظ بل يكون حقيقة الاجارة تمليك المنفعة وإن كانت العين متعلّقة للعقد لفظاً .

ومنها : أي وممّا يرد على المقام نقضاً مسألة استعارة المحرم من المحلّ صيداً فإنّهم ذهبوا إلى ضمانه مع أنّ صحيحها لا ضمان فيه ، ولا ريب أنّ كلامنا في صورة التلف لا الاتلاف ، ولذا إنّما نقول بعدم الضمان في صحيح العارية فيما إذا تلف ، وأمّا لو أتلفه فلا وجه لعدم الضمان ، وقد ذكر للضمان وجهان :

---

(١) حاشية المكاسب (الآخوند) : ٣٢ .

الأوّل : ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)[١] من أنّ الضمان فيها إنّما يتحقّق بمجرد استيلاء المحرم على العين لكونه مأموراً بالارسال ، فليس الضمان مستنداً إلى التلف لينقض به ، لأنّ مورد القاعدة ما إذا استند الضمان إلى التلف .

وفيه : أنّ الثابت إنّما هو وجوب الارسال تكليفاً وهو غير مستلزم للضمان وضعاً واستقرار بدل العين في الذمّة ، ولم يدلّ دليل على ثبوته بمجرد وضع اليد ، ولذا لو لم يرسلها بل أدّاها إليه لم يضمن شيئاً وإن كان عاصياً ، فالضمان لا يتحقّق إلّا بعد التلف ويكون مستنداً إليه .

بل يمكن أن يقال إنّه لم يثبت وجوب الارسال أيضاً ، وغاية ما هناك حرمة الامساك ووجوب الفداء على تقديره ، وهو غير وجوب الارسال ، وعليه فلا مانع من الردّ إلى المالك .

الثاني : ما ذهب إليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] من أنّ الصيد يخرج عن ملك مالكه بمجرد الأخذ ، فيكون أخذه إتلافاً فيضمن من جهة الاتلاف دون التلف .

وفيه : أنّ ما دلّ الدليل عليه هو أنّ المحرم لا يملك الصيد ، وأمّا خروجه عن ملك مالكه المحلّ بمجرد أخذ المحرم فلا ، ولذا لو أخذه ثمّ ردّه إلى مالكه فهو غير ضامن قطعاً .

فالحقّ عدم الضمان في صورة التلف كما ذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[٣] وإنّما التزم بالضمان في الاتلاف .

---

(١) المكاسب ٣ : ١٩٥ .

(٢) المكاسب والبيع ١ : ٣١٤ ـ ٣١٥.

(٣) الجواهر ٢٧ : ١٦٥ .

وأمّا الشرائع[١] فذكر في العارية أنّه لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيداً لأنّه ليس له إمساكه فلو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه، وظاهره صورة التلف لأنّ الاشتراط وعدمه غير دخيل في الضمان في صورة الاتلاف، ولكن العجب من السيد (قدّس سرّه)[٢] حيث ذكر كلام الشرائع وأضاف إليه كلمة وأرسله وحمله على صورة الاتلاف. وفيه: كما ذهب إليه الأُستاذ (قدّس سرّه) أنّ كلمة أرسله من صاحب الجواهر لا من كلام المحقّق فلا يكون ناظراً إلى الاتلاف.

ومنها: المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد، حيث إنّها في صحيح البيع لم تكن مضمونة بخلاف الفاسد. ولا وجه لتخصيص النقض بغير المستوفاة، لأنّ النقض جارٍ حتّى بالنسبة إلى المنافع المستوفاة أيضاً، لأنّها أيضاً غير مضمونة في البيع الصحيح ومضمونة في الفاسد، ولعلّ وجه الاختصاص أنّ المراد من غير المستوفاة ما لا يكون عيناً كالركوب، والمراد من المستوفاة ما يكون من الأعيان كاللبن والصوف، وحيث إنّ استيفاء الأعيان إتلاف لها فتكون المنافع المستوفاة المراد بها الأعيان المتلفة خارجة عن مورد القاعدة فلا يقع النقض بها، ولكن استيفاء غير الأعيان يكون بمنزلة التلف الذي هو مورد القاعدة فيقع بها النقض.

وأجاب شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٣] عن هذا النقض بأنّ تلك القاعدة إنّما تجري في مورد العقد، ولا كلام أنّ مورد البيع هي العين دون المنافع، ففي البيع الصحيح تكون المنافع قد استوفاها المشتري في ملكه فلا معنى لضمانه، وأمّا في الفاسد فهي مضمونه بمقتضى عموم على اليد ونحوه لأنّها باقية على ملك مالكها.

---

(١) شرائع الإسلام ٢ : ٢٠٢.

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٤.

(٣) المكاسب والبيع ١ : ٣٠٨، منية الطالب ١ : ٢٧٣.

وفيه : أنّه يلزم من ذلك الالتزام بمثله في الهبة الفاسدة ، لأنّ موردها العين والمنافع خارجة فيضمنها المتّهب مع أنّه ليس كذلك ، هذا .

ولكن الحقّ في الجواب أنّ بين تمليك العين وتمليك المنفعة عموماً من وجه فربما يكون تمليك العين بلا تمليك المنفعة كبيع شيء مسلوب المنفعة ، أو تمليك منفعة بلا تمليك عين كالاجارة ، وربما يجتمعان وهو واضح ، ولا ريب أنّ تمليك كلّ منهما يحتاج إلى السبب ، وبما أنّ السبب في صحيح البيع ليس إلّا نفس البيع فلا محالة يقع الثمن في مقابل العين والمنفعة كليهما ، فالمنفعة أيضاً مورد للعقد ولو بالتبع فتكون مضمونة في الصحيح والفاسد فتدخل المنافع في أصل القاعدة وهو كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وبهذا يفترق البيع عن الهبة ، لأنّ التمليك في الهبة إنّما يكون مجاناً فلا ضمان في الصحيح والفاسد منها بمقتضى عكس القاعدة ، نعم لو فسخ البيع أو تقايلا ترجع المنافع من حين الفسخ أو الاقالة لا قبله فلا تضمن المنافع المستوفاة قبل الفسخ أو الاقالة لكون استيفائها في ملك المستوفي ، اللهمّ إلّا أن يكون بعض أوصاف المبيع زائداً حين الفسخ أو الاقالة ، كما لو زال وصف القابلية للركوب عن الدابة بكسر رجله فلا مناص من ضمان الوصف ، فالضمان للمنافع والأوصاف يكون على القاعدة .

ومنها : حمل الدابة ، حيث ذهب فيه بعضهم إلى الضمان في البيع الفاسد مع أنّه غير مضمون في البيع الصحيح ، وذهب بعضهم إلى عدم الضمان ، ولا يبعد الجمع بينهما بحمل كلام النافي للضمان على ما إذا لم يشترط دخوله في البيع ، فإنّه حينئذ يكون أمانة عند المشتري فلا يكون مضموناً عليه ، وحمل القول بالضمان على ما إذا اشترط دخوله في البيع ، فيدخل في أصل القاعدة ، فلا ينتقض العكس ، وربما يتوهّم النقض بصفات المبيع ، ولكن يظهر جوابه ممّا تقدّم .

ومنها : الشركة الفاسدة ، لأنّ عدم وقوع الشركة صحيحة يمنع عن جواز

التصرف ، فإذا لم يجز التصرف يكون الشريك ضامناً ، مع أنّ صحيح الشركة لا يوجب الضمان .

وفيه : أنّه لا ملازمة بين عدم جواز التصرف والضمان كما لو وهبت الأمة بالهبة الفاسدة فتلفت فلا يضمن لها ، مع أنّ التصرف لم يكن جائزاً له في الواقع فالضمان في الشركة غير ثابت حتّى يرد به النقض على القاعدة .

ثمّ إنّه ربما ينقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد مع علم المرأة بالفساد ، فإنّ الاستمتاع بها حينئذ غير مضمون ، لأنّها بغيّ ولا مهر لبغيّ ، مع أنّ الاستمتاعات في النكاح الصحيح مضمونة ، لأنّه في حكم العقود المعاوضية .

وفيه : أنّه يمكن الجواب بالالتزام بالتخصيص في هذا المورد لعدم كون القاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص ، كما يمكن بالالتزام بالتخصّص لأنّ المهر والأجر في النكاح إنّما يجعل بازاء نفس الزوجية دون الانتفاعات على ما يستفاد من بعض النصوص من مضمون قوله (عليه السلام) « معاذ الله أن يجعل للبضع أجراً »[1] فبمجرد العقد يستحقّ المهر دون شيء آخر ، فهو خارج عن مورد القاعدة ، لأنّ موردها ما إذا كان هناك شيء يضمن بالتلف أو الاتلاف ، وليست الانتفاعات في النكاح من هذا القبيل . نعم خصّص ذلك في بعض الموارد كثبوت أُجرة المثل في الوطء بالشبهة وسقوط نصف المهر فيما إذا ماتت أو طلّقت قبل الدخول . والحاصل أنّ النكاح إن كان صحيحاً ثبت بنفسه الضمان وإن كان فاسداً فلا مقتضي للضمان أصلاً .

ثمّ إنّ مدرك عكس القاعدة يختلف على اختلاف المباني ، فإن قلنا بأنّ دليل الضمان في أصل القاعدة هو السيرة العقلائية التي لم يردع عنها الشارع ففي الحقيقة

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٣ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٤ .

يكون موارد العقود المجّانية خارجة عن موردها تخصّصاً وغير مشمولة للسيرة من الأوّل كما هو التحقيق. وأمّا على مسلك الشيخ ومن وافقه من أنّ دليل الضمان عبارة عن قاعدة اليد فجميع هذه الموارد من العارية والوديعة ونحوهما داخلة فيها فالضمان ثابت ويحتاج في إخراجها إلى مخصّص، وليس لنا مخصّص لعموم على اليد.

وأمّا ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)[1] في ذيل كلامه من أنّ ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتّهمه مخصّص لعموم على اليد، فياليت قد عيّن مورده فإنّه غير معلوم الرواية[2].

نعم ورد ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**﴾[3] وأنّه ليس على الأمين إلّا اليمين[4] ولكنّه مختصّ بمن استأمنه المالك بأمانة أو عارية ممضاة شرعاً، وهذا غير مربوط بمقامنا، لأنّ القابض بالعقد الفاسد غاصب وتصرّفه عدواني حسب ما بنى (قدّس سرّه) عليه فكيف لا يكون ضامناً. فالاستدلال بدليل الاستيمان غريب. وكذا استناده في عدم الضمان في الهبة الفاسدة إلى فحوى ما دلّ على عدم الضمان في موارد الاستيمان، فإنّ استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق المجّاني عدم ضمانه بطريق أولى. وهذا أيضاً غريب، لما عرفت من اختصاص تلك الأدلّة بموارد الاستيمان ولا تشمل غيرها فضلاً عن الأولوية.

---

(١) المكاسب ٣ : ١٩٧.

(٢) [ورد مضمون ذلك في الوسائل ١٩ : ٧٩ / كتاب الوديعة ب ٤].

(٣) التوبة ٩ : ٩١.

(٤) [الظاهر كونها قاعدة فقهية وليست رواية].

الأمر الثاني من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(١) أنّ ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه واجب فوراً ، لأنّ الامساك آناً ما تصرّف في مال الغير فلا يجوز لقوله (عجّل الله فرجه) لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا باذنه(٢) ولو نوقش في كون الامساك من مصاديق التصرف يكفي عموم قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه »(٣) فإنّه يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلّقة بالمال ومنها الامساك ، ثمّ اختار أنّ مؤونة الردّ واجبة على القابض من باب المقدّمة للردّ الواجب عليه إلّا إذا كانت كثيرة موجبة للضرر ، وأمّا دعوى أنّ الاذن قد حصل من المالك فمدفوع بأنّ المالك إنّما ملّكه بالعوض والمفروض أنّ الشارع لم يمضه والتسليط إنّما يكون متفرّعاً على وقوع التمليك الخارجي وهو منتف فلا إذن للقابض ، هذا .

ولابدّ من التكلّم في جهات :

الأُولى : في حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وجوازه . قد عرفت أنّ الشيخ ذهب إلى الحرمة ، ولكن السيّد(٤) استشكل في الحرمة في صورة علم الدافع بالفساد ، وذلك لوجود الاذن الضمني في التصرف ، فإنّ المالك في ضمن تمليكه قد أذن للقابض في التصرف ، قال ودعوى أنّ الاذن مقيّد بالملكية وهي غير حاصلة فيكون الاذن أيضاً غير حاصل ، مدفوعة بأنّ القيد إنّما هو الملكية في اعتبار

(١) المكاسب ٣ : ١٩٩ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ٢٥ : ٣٨٦ / كتاب الغصب ب١ ح٤ .

(٣) ورد مضمونه في الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ .

(٤) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٥ .

البائع وهي حاصلة ، إذ المفروض أنّه أنشأها . فيكون الاذن أيضاً حاصلاً . نعم لو كان مقيّداً بالملكية الشرعية صحّ دعوى عدم حصوله . فإن قلت لم يصدر من البائع إلّا التمليك وقد صار لغواً بحكم الشارع ، فأين الاذن ، قلت : هذا التمليك له حيثيتان : حيثية الاذن وحيثية التمليك ، ولما كان التمليك محتاجاً شرعاً إلى صيغة مخصوصة والمفروض عدمها فهو غير مؤثّر من هذه الحيثية ، وأمّا الاذن فهو غير مشروط شرعاً بصيغة خاصّة فيكون مؤثّراً في جواز التصرف .

ونقول : الظاهر حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد حتّى في صورة العلم ، وذلك لأنّ المستثنى في قوله (عليه السلام) لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره إلّا باذنه إنّما هو إذن المالك في التصرف في ملكه لا في أملاك الناس ، وفي المقام إنّما أذن الدافع للقابض في التصرف في ملك نفسه ـ أي القابض ـ ولو تشريعاً ، فلا يكون داخلاً في المستثنى ، بل يبقى تحت المستثنى منه ويحرم ، نعم لو فرض إذن الدافع في التصرف مع عدم البناء على ملكية القابض دخل في المستثنى وكان حلالاً ولكنّه خارج عمّا نحن فيه ويكون عارية صحيحة .

وبالجملة : يعتبر في جواز التصرف أحد أمرين : إمّا ملكية المتصرف للمال فيكون تصرفه خارجاً عن مورد الرواية من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، وإمّا إذن المالك في التصرف بعنوان أنّه مالك ، وكلا الأمرين مفقود في المقام .

الجهة الثانية : أنّ حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لا تختصّ بالعقود المعاوضية التي يضمن بها ، بل تشمل العقود غير المعاوضية أيضاً كالهبة المجانية التي لا يضمن بها ، لعدم الملازمة بين عدم الضمان وجواز التصرف ، فإنّ عدم الضمان فيها من جهة كون القبض مبنيّاً على عدم الضمان ، وجواز التصرف مبني على طيب نفس المالك وإذنه في التصرف في ماله ، والمفروض عدم تحقّقهما كما عرفته في الجهة الأُولى ، بل لو كان الاذن أيضاً متحقّقاً ولم يكن ممضى شرعاً لم يترتّب عليه

جواز التصرف ، ولهذا لا يجوز التصرف في العارية الفاسدة أيضاً مع أنّ المالك راضٍ بالتصرف في ملكه .

الجهة الثالثة : في وجوب الردّ وحرمة الامساك وعدمه ، فنقول : إنّ الامساك له معنيان : فتارةً يكون بمعنى منع المالك عن التصرف في ماله فهو من أوضح أفراد الغصب بلا كلام ، وتارةً يكون بمعنى بقائه عنده من دون مزاحمة المالك ومنعه عن أخذ ماله والتصرف فيه ، فهو ليس بتصرف في مال الغير ، فاذن لا يحرم الامساك بهذا المعنى ولا يجب ردّه إلى المالك ، غاية الأمر لابدّ من التخلية بين المال والمالك ، وأن لا يزاحم سلطنته ولا يمنعه من التصرف في ماله .

فتحصّل : أنّه لا دليل على حرمة مطلق امساك المقبوض بالعقد الفاسد ووجوب ردّه فضلاً عن كونه فورياً وإن استدلّ الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)(١) لوجوب الردّ وحرمة الامساك أوّلاً : بقوله (عجّل الله فرجه) « لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا باذنه » . وثانياً : ـ على فرض المناقشة في صدق التصرف على الامساك ـ بعموم قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه » ولكن قد عرفت عدم صدق التصرف في مال الغير على مجرد إمساكه بمعنى بقاء المال عنده ، فإنّ ذلك نظير مسّ مال الغير والنظر إليه ، فلا يتمّ الاستدلال بالرواية الأُولى ، كما لا يتمّ الاستدلال بالرواية الثانية ، لأنّ إسناد الحلّية أو الحرمة إلى المال وغيره من الأعيان يكون باعتبار الفعل المناسب لها باختلاف الموارد لا باعتبار جميع الأفعال ، ففي قوله سبحانه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾(٢) يكون المقدّر النكاح لا النظر واللمس وسائر الأفعال ، وفي قوله سبحانه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ

---

(١) المكاسب ٣ : ١٩٩ .

(٢) النساء ٤ : ٢٣ .

وَالدَّمُ﴾(١) يراد حرمة الأكل لا سائر الاستعمالات، والمناسب في المقام تقدير الأكل بالمعنى الذي بيّناه في قوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾(٢) أو جميع التصرفات والانتفاعات لا مطلق الأفعال الشامل للنظر واللمس ونحوهما حتّى يحتاج في إخراجها إلى دعوى التخصيص بالسيرة أو غيرها ، هذا .

وقد يستدلّ على وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد فوراً وحرمة إمساكه بالنبوي المعروف « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه »(٣) وذكروا في تقريب الاستدلال به وجهين :

الأوّل : ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٤) من أنّ قاعدة « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه » وإن كانت دالّة على الحكم الوضعي بالدلالة المطابقية ويثبت الضمان على القابض ، إلّا أنّها تدلّ بالالتزام على الحكم التكليفي وهو وجوب الردّ لأنّه لا أثر للضمان إلّا وجوب ردّ العين ما دامت باقية وردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفة ، فأثر الضمان وكونه على العهدة هو لزوم الردّ فيجب بمقتضى القاعدة .

وفيه : أنّ أثر استقرار الضمان لا ينحصر في وجوب الردّ ، إذ يكفي من حيث الأثر لزوم التخلية بين المالك والمال وعدم مزاحمته .

الثاني : ما ذكره المحقّق الايرواني (قدّس سرّه)(٥) من أنّ قوله (صلّى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه » شامل للحكم الوضعي والتكليفي أي عليها الضمان والردّ ، فيدلّ بالمطابقة على كلا الحكمين الوضعي والتكليفي لامكان استعمال

---

(١) المائدة ٥ : ٣ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب١ ح١٢ .

(٤) منية الطالب ١ : ٢٧٤ .

(٥) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ١٢٤ .

لفظ « على » فيما يعمّهما .

وفيه : أنّه مردود بأمرين : الأوّل أنّه يلزم أن يجمع بين التقدير وعدمه ، لأنّ إرادة الحكم الوضعي من لفظ « على اليد » تقتضي عدم التقدير لصحّة إسناده إلى الموضوع الخارجي المراد من كلمة « ما » الموصولة ، وإرادة الحكم التكليفي تقتضي تقدير فعل كالردّ مثلاً لعدم صحة إسناده إلى نفس الموضوع الخارجي ، وحيث إن الجمع بين التقدير وعدمه محال فلا يمكن الجمع بين إرادة الحكمين .

الثاني: أنه لو كان المراد الحكم التكليفي تصير العبارة من قبيل توضيح الواضحات ، لأن وجوب الشيء لا يغيّىٰ بنفسه وإلّا يكون المعنى هكذا : على اليد ردّ ما أخذت حتى تردّه ، وهو توضيح للواضح ويكون لغواً ، نظير أن يقال : يجب عليك الصلاة إلى أن تصلّي ، فانه من اللغو كما هو ظاهر ، فالغاية المذكورة في الحديث حيث إنّها لا تناسب الحكم التكليفي ، فالمتعيّن إرادة الحكم الوضعي فقط فلا دلالة في الحديث على وجوب الردّ لا مطابقة ولا بالالتزام ، مع ما فيه من ضعف السند . فتحصّل أنه لا دليل على وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد أصلاً .

الجهة الرابعة : أنّ مؤونة الردّ على تقدير وجوبه على المالك أو القابض ، فقد فصّل شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] في المقام تفصيلاً وهو أنّ الردّ لو كان مقتضياً لمؤونة في طبعه فهو على القابض، لأن الحكم الذي جعل ضررياً في طبعه غير مرفوع بحديث لا ضرر ، وهذا بخلاف ما إذا كان الردّ محتاجاً إلى مؤونة أكثر ممّا يقتضيه طبع ردّ مال الغير ، فانه بما أنه ضرر عرضي فيرفع بحديث لا ضرر .

وفيه : أن حكومة لا ضرر إنما تنقطع بالنسبة إلى مورد يكون بطبعه مقتضياً للضرر بحيث يكون جميع أفراده أو غالبها ضررياً ، وهذا بخلاف ما إذا كان بعض

---

(١) منية الطالب ١ : ٢٧٦.

الأفراد ضررياً دون البعض ، فحينئذ لا مانع من حكومة لا ضرر ورفع الحكم عن هذا المورد كما في المقام، لأن ردّ المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون ضررياً بطبعه لعدم توقّفه في غالب أفراده على صرف المؤونة كما في ردّ الكتاب أو الخاتم ونحوهما فليس وجوب الردّ من الأحكام المبتنية على الضرر حتى لا يرتفع بحديث لا ضرر فلو تحقق في فرد ضرر ولو بأدنى مراتب القلّة فحديث لا ضرر يصير حاكماً عليه فيرفعه ، فلا فرق بين الضرر القليل والكثير في المرفوعية . فالصحيح أنّ مؤونة الردّ على المالك مطلقاً .

الجهة الخامسة : أنّ ما ذكرناه من عدم وجوب الردّ وكفاية التخلية بين المالك وماله إنما هو فيما إذا كان في بلد المعاوضة لا مطلقاً وتفصيل ذلك: أن المال والمالك لو كانا في بلد المعاوضة لا يجب على القابض إلّا التخلية بينهما ، وهكذا إذا انتقلا معاً إلى بلد آخر كما إذا سافر المالك والقابض مع المال إلى بلد واحد ، وأمّا لو خرجا عن بلد العقد وذهب كل منهما إلى مكان فلو طالب المالك استرداد ماله في غير بلد البيع فانّ للمشتري أن يمتنع، لأنه لابدّ من ردّ سلطنة المالك على ماله في بلد المعاملة، وأمّا لو خرج المالك فليس له المطالبة بردّ المال إلى غير بلد العقد كما هو واضح، نعم لو كان المالك في بلد المعاوضة وقد أخرج القابض المال إلى بلد آخر ففي هذه الصورة يجب على القابض ردّ المال إلى المالك ويصرف مؤونته من كيسه وإلّا يكون ضرراً على المالك.

الأمر الثالث

لو كانت للمقبوض بالعقد الفاسد منافع قد استوفاها المشتري فهل يكون

ضامناً لها أم لا؟ ظاهر المشهور هو الضمان ، بل ظاهر المحكي عن السرائر[(١)] من أنه بحكم المغصوب الاجماع عليه ، وخالف في ذلك في الوسيلة[(٢)] فنفى الضمان مستدلاً بالنبوي المرسل «الخراج بالضمان»[(٣)] بمعنى أنّ من ضمن شيئاً فخراجه ومنافعه له هذا .

ولكنّه لابدّ من ملاحظة دليل الضمان فإن لم يكن عليه دليل كفى في نفيه الأصل ولا نحتاج إلى هذه الرواية المرسلة ، وإن قام عليه الدليل لابدّ من البحث عن وجود ما يعارضه وعدمه ، فنقول قد استدلّ على الضمان بوجوه :

منها : النبوي المعروف « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه »[(٤)] فإنّ المنافع تقع تحت اليد كالأعيان . وفيه : ـ مضافاً إلى ما ذكرناه مراراً من أنّ سنده ضعيف ـ أنّ دلالته غير تامّة ، لأنّ مقتضى ذيله اختصاصه بالأعيان ، حيث إنّه ظاهر في أداء نفس المأخوذ ، والمنافع غير قابلة للأداء بنفسها .

ومنها : ما ورد في احترام مال المسلم وأنّه كحرمة دمه[(٥)]. وفيه : أنّ غاية ما يدلّ عليه حرمة إتلافه تكليفاً ، وأمّا الضمان على فرض استيفاء المنافع فغير مستفاد منه .

ومنها : قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا بطيب نفسه »[(٦)] وفيه : إنّ المراد حرمة التصرّف تكليفاً من دون الرضا وأمّا الضمان فلا

---

(١) السرائر ٢ : ٢٨٥.

(٢) الوسيلة: ٢٥٥.

(٣) المستدرك ١٣ : ٣٠٢ / كتاب التجارة ب٧ ح٣.

(٤) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب١ ح١٢ .

(٥) تقدّم تخريجه في الصفحة ٢٣٨ .

(٦) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

يدلّ عليه ، فهذه الوجوه غير مفيدة للضمان .

والمهمّ في المقام أمران : الأوّل : ما ذكرناه سابقاً من السيرة العقلائية حيث إنّهم يرون مستوفي المنافع ضامناً ولم يردع عنها الشارع فتكون دليلاً على الضمان في المقام . والثاني : القاعدة المستفادة من عدّة من موارد الضمان وهي من أتلف مال الغير فهو له ضامن ، وهي عبارة الفقهاء لا أنّها رواية في نفسها كما ذهب إليه السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[١] ولا ريب أنّ الاتلاف يعمّ ما كان بالاستيفاء أو بغيره .

فتحصّل : أنّ ما استوفاه المشتري من منافع المقبوض بالعقد الفاسد تكون مضمونة عليه لهذين الدليلين ، ولا يعارضهما ما استدل به في الوسيلة على عدم الضمان من النبوي المعروف « الخراج بالضمان »[٢] لأنّه مع عدم تماميته سنداً غير تامّ الدلالة فان المحتمل فيه وجوه :

الأول : أن يكون المراد من « الخراج » ما يقابل المقاسمة دون مطلق المنافع وعليه يكون معنى الحديث إن كل من يضمن الأرض الخراجية ويتقبّلها من السلطان فخراجه عليه دون غيره ، فإذا تقبّل شخص أرضاً يكون هو المطالب بخراجها وإن انتفع بها شخص آخر .

وهذا الاحتمال وإن لم نره في كلمات الفقهاء لكنه أظهر المحتملات ، ومعه يكون الحديث المزبور أجنبياً عن المقام .

الثاني : أن يكون المراد من « الخراج » مطلق المنافع ومن « الضمان » مطلق الضمان ، سواء كان اختيارياً مترتّباً على العقود الصحيحة أو الفاسدة ، أو غير

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٤ .

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة .

اختياري كالضمان المترتّب على الغصب، وهذا المعنى ينطبق على مسلك أبي حنيفة[١] حيث قال: إنّ كل من يضمن مالاً ولو غصباً فالمنافع له، ولكنه مقطوع العدم وغير مراد لصاحب الوسيلة.

الثالث: أن يكون المراد من «الخراج» مطلق المنافع إلّا أن المراد من «الضمان» هو خصوص الضمان الاختياري المترتّب على العقود الصحيحة، فيكون المعنى أنّ من يضمن شيئاً بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع. فنحن أيضاً نقبل ذلك ولكن المفروض أن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون ممضىً للشارع.

الرابع: أن يكون المراد من «الخراج» مطلق المنافع ولكن المراد من «الضمان» مطلق الضمان الاختياري ولو كان فاسداً ولم يمضه الشارع. فهذا المعنى يصحّ دليلاً لصاحب الوسيلة في المقام، إلّا أنه مضافاً إلى احتياجه إلى القرينة من بين المعاني وهي معدومة، يستلزم أن تكون منافع العين للمشتري بحيث يضمنها له كل من استوفاها ولو كان هو المالك أو الأجنبي الثالث، ولا يلتزم أحد بهذا حتى أبو حنيفة.

فالصحيح هو المعنى الأول، ومع التنزّل عنه يرجع إلى المعنى الثالث، هذا كلّه في المنافع المستوفاة.

وأمّا التي لم يستوفها المشتري فهل تكون مضمونة عليه أم لا؟ وهذا بعد البناء على ضمان المنافع المستوفاة، لأنّا لو بنينا على عدم الضمان فيها فلا يجري البحث عنه في المنافع غير المستوفاة لانتفاء الضمان فيها بطريق أولى.

ولا يخفى أنّ كلمات الشيخ (قدّس سرّه)[٢] مشوّشة في المقام حيث التزم بعدم

---

(١) المبسوط ١١ : ٧٨، بدائع الصنائع ٧: ١٤٥، المغني لابن قدامة ٥ : ٤١٣.

(٢) المكاسب ٣ : ٢٠٤ وما بعدها.

الضمان فيها أوّلاً ثم ذهب إلى التوقف ثم قوّى الضمان . ولكن الأقوال في المسألة ثلاثة: القول بالضمان مطلقاً والقول بعدمه كذلك ، والتفصيل بين علم البائع بفساد العقد وعدمه . ولا إشكال أنّه بعد الالتزام بالضمان في المنافع المستوفاة على نحو الاطلاق لا وجه لهذا التفصيل في غير المستوفاة ، لأن منشأ هذا التفصيل هو توهم أنّ المالك مع فرض علمه بفساد العقد هو بنفسه سلّط القابض على ماله وأذن له في التصرف فيه فينبغي أن لا يكون القابض في هذا الفرض ضامناً ، وهذا الوجه جارٍ في المنافع المستوفاة أيضاً . ولكن بعد ردّ هذا التوهم فيما سبق ـ حيث قلنا بأنّ إذن المالك كان مشروطاً بحصول الملكية للمشتري وأنه يتصرف في مال نفسه لا مال البائع ، وحيث لم يحصل له الملكية شرعاً فيحرم التصرف له لعدم بقاء الاذن فيه ـ فلا مجال للتفصيل بين صورتي علم البائع وجهله في المقام كما لم نفصّل بينهما في ضمان المنافع المستوفاة . وأمّا التوقف مطلقاً أو في صورة علم البائع بالفساد فلا يعدّ قولاً في المسألة ، لأنه يرجع في الواقع إلى الجهل بالحكم ولا ينبغي عدّ الجهل بحكم المسألة أحد الأقوال فيها ، فتكون المسألة في الحقيقة ذات قولين: القول بالضمان مطلقاً والقول بعدمه كذلك .

ولابدّ قبل الورود في البحث من التكلّم في المنافع غير المستوفاة للمغصوب فنقول: لا إشكال في ضمان الغاصب للعين والمنافع التي قد استوفاه منها ، وأمّا المنافع غير المستوفاة منها فتارة تكون العين معدّةً لاستيفاء تلك المنافع بحيث لولا الغصب كان المالك يستوفيها ، وأُخرى لم تكن معدّةً له وإن كانت قابلةً للاستيفاء بمعنى أن المالك أيضاً لم يكن يستوفيها لولا الغصب كما إذا فرضنا أن المالك من الأغنياء يملك أعياناً كثيرة لا ينتفع منها في جميع الأزمان مع شأنية الانتفاع فيها .

ففي الصورة الأُولى يكون الغاصب ضامناً للمنفعة وإن لم يستوفها، لأنه حال بين المالك وبين المنافع ، فيكون متلفاً لها على المالك ، كما لو غصب داراً فانه يضمن

أُجرة سكنى الدار . وأمّا في الصورة الثانية فلا ضمان ، لأن تلف هذه المنفعة ليس مستنداً إلى منع الغاصب بل إنما يكون لعدم المقتضي ، لأن المالك لو كان مسلّطاً على ماله لم يستوف هذه المنافع أيضاً، فلو ادّعى ضمان مثل هذه المنفعة يضحك عليه فلابدّ من التفصيل في الغصب في المنافع غير المستوفاة بين ما تكون العين معدّةً لاستيفاء المنفعة منها ، وما لم تكن كذلك .

وأمّا في المقبوض بالعقد الفاسد بالنسبة إلى المنافع التي لم تكن العين معدّة لاستيفائها فلا ضمان ، لأنه لم يستوفها المشتري ولم يتلفها حتى يتمسك للضمان بقاعدة الاتلاف ، وإذا لم تكن هذه المنافع مضمونة في الغصب فلا تضمن في المقبوض بالعقد الفاسد بطريق أولى. وأما المنافع التي تكون العين معدّة لاستيفائها فأيضاً لا ضمان على القابض فيها ، لأن عمدة الدليل على ضمان المنافع المستوفاة كما ذكرنا هي قاعدة من أتلف والسيرة القائمة على ضمان مستوفي المنافع من مال الغير وهما لا يجريان في المقام ، لأن المفروض عدم إتلافه ، وعدم منعه للمالك من التصرف في ماله لو أراد ، وعدم استيفائه المنافع حتى يقال بأنّ الاستيفاء بحكم الاتلاف ، كما أنّ السيرة أيضاً غير جارية على الضمان لمجرد تلف المنفعة تحت يد القابض من دون استناد إليه ، فمجرد البقاء عنده مع التخلية بين المالك والمال لا يوجب الضمان ، هذا .

وقد استدل للضمان في المنافع غير المستوفاة بأُمور :

منها : النبوي المعروف « على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه »[1] ويردّه أمران : الأول ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)[2] من أنّ متعلّق الأخذ لابدّ وأن يكون من

---

(١) مرّ تخريجه في الصفحة ٢٥٥ .

(٢) المكاسب ٣ : ٢٠٤.

الأعيان الخارجية وأمّا المنافع فهي غير قابلة للأخذ . الثاني : ما ذكرناه من أنّ المأخوذ لابدّ وأن يكون قابلاً للردّ والأداء ، والمنافع ليست كذلك لأنها قبل الاستيفاء لا تكون تحت اليد وبعده تنعدم وليست بموجودة .

ومنها : قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »[(١)] وفيه : أنّ مفاده إمّا يكون عدم حلّ أكل أموال الغير بمعنى تملّكها كقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[(٢)] أو يكون عدم حل التصرف كقوله (عليه السلام) « لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا باذن صاحبه »[(٣)] وفي المقام لا تصرف في المنافع ، ومع التنزّل عن ذلك يكون مفاده الحرمة التكليفية ولا ربط له بالحكم الوضعي حتى يثبت الضمان .

ومنها : قوله (عليه السلام) « حرمة ماله كحرمة دمه »[(٤)] وقد ذكرنا أنّ دليل الاحترام لا يدلّ على أزيد من حرمة التصرف في مال الغير بغير رضاه ، وأمّا الضمان فلا ، فلم يبق في المقام إلّا الاجماع المنقول في السرائر[(٥)] وغيره على الضمان وفيه : مضافاً إلى أنه اجماع منقول وليس بحجة ، أنّ المنقول هو الاتفاق على أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يكون في حكم المغصوب ، والظاهر أنّ مورد الاتفاق هو وجوب ردّ العين وضمانها كالمغصوب لا بقية الأحكام ، لوضوح أنه ليس بمنزلة المغصوب في جميع الأحكام ، فلا دلالة فيه أيضاً على ضمان المنافع .

فتحصّل : أنّه لا دليل على ضمان المنافع غير المستوفاة في المقام .

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) مرّ تخريجه في الصفحة ٢٤٩ .

(٤) المستدرك ٩ : ١٣٨ / أبواب أحكام العشرة ب١٣٨ ح٦ .

(٥) تقدّم في الصفحة ٢٥٥ .

الأمر الرابع

أنّه لو كان المبيع التالف مثلياً يجب ردّ مثله بالاتفاق، وليس في المسألة مخالف إلّا الاسكافي[1] حيث إنّه التزم بجواز ردّ القيمة مطلقاً على ظاهر ما حكاه الشيخ (قدّس سرّه) عنه. والكلام في المقام تارة يقع في الكبرى وأنّه هل يدلّ دليل على ضمان المثلي بالمثل أم لا، وأُخرى في الصغرى وأنّ المثلي ماذا؟

أمّا المقام الأوّل: فقد استدلّ على اثبات ضمان المثلي بالمثل بوجوه لا ينهض شيء منها للدلالة عليه.

منها: رواية على اليد. ولكنّها مضافاً إلى ضعف السند وأنّها غير مجبورة بعمل المشهور لا تتمّ دلالتها في المقام فإنّها تدلّ على أصل الضمان، وأمّا الضمان بالمثل فلا.

ومنها: قوله (عليه السلام) «حرمة ماله كحرمة دمه» أو «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه» ولكنّهما أيضاً لا يدلّان على أزيد من عدم جواز التصرف في مال الغير، وأمّا الضمان بالمثل فلا يستفاد منهما.

ومنها: القاعدة المستفادة من الروايات وهي «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» وهي أيضاً لا تدلّ على الضمان بالمثل كما لا تدلّ عليه نفس الروايات المتفرّقة في موارد الضمانات بطريق أولى. نعم ذكر في بعض النصوص كقضية الأمة المسروقة[2] ردّ القيمة في القيمي، وأمّا الضمان بالمثل فلا.

ومنها: قوله تعالى **﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى**

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٦ : ٩٦، المسألة ٨٤.

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٠٤ / أبواب أحكام العبيد والإماء ب٨٨ ح٣.

عَلَيْكُمْ﴾[١]. وفيه : أنّ هذه الآية إن خصّصناها بمسألة قتال المشركين في أشهر الحرم فهي أجنبية عن مقامنا ، وإن قلنا بأنّها قاعدة كلّية فلابدّ من اختصاصها بمورد الاعتداء فقط ، بمعنى أنّه لو ضربه أو شتمه شخص فهو يعتدي بمثله فلا دلالة فيها على ضمان المثلي بالمثل مطلقاً .

ومنها : الإجماع على ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي . وفيه : منع خصوصاً مع اختلاف الأصحاب في تعيين المثلي والقيمي ، ولو تنزّلنا واقتصرنا في مورده على القدر المتيقّن فليس إجماعاً تعبّدياً ، للظنّ القوي باستناد المجمعين إلى الوجوه السابقة .

فتحصّل : أنّ شيئاً من الوجوه المذكورة لا يصلح دليلاً في المقام . والعمدة في الدليل هو السيرة العقلائية على أنّ من أتلف شيئاً من أموال الغير يلزم عليه أداء مثله ، ولعلّه لم يتعرّض في النصوص لضمان المثل إيكالاً إلى الارتكاز العقلائي وأنّ هذا ممّا يفهمه كلّ أحد ، فلو تلف المبيع بالعقد الفاسد وكان مثليّاً لزم أداء مثله للسيرة العقلائية كما ذكرنا .

وأمّا الكلام في المقام الثاني : وأنّ المثلي ما هو ، فقد عرّفوه بتعاريف ذهب المشهور إلى أنّ المثلي عبارة عمّا يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة ، وبعضهم عرّفه بأنّه عبارة عمّا يكون فيه السلم وغير ذلك ، والمراد بالأجزاء هو الأفراد وإنّما عبّر بالأجزاء من جهة فرض جميع أفراد هذه الطبيعة شيئاً واحداً فيكون كلّ فرد بالاضافة إليه جزءاً . وأمّا المراد بالتساوي بحسب القيمة فقد فسّره الشيخ (قدّس سرّه)[٢] بمساواة نسبة قيمة كلّ بعضين لنسبة كمّهما ، بأن يسوى نصف الشيء نصف

---

(١) البقرة ٢ : ١٩٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ٢١٠ .

قيمة المجموع وثلث الشيء ثلث قيمة المجموع وهكذا، وقد قرّر الشيخ (رحمه الله) في هذا التفسير الأجزاء على ظاهره. وفيه: أنّه لا إشكال في تأثير الكمّ في القيمة، بمعنى أنّ الشيء في الكمّ الكبير يباع أرخص منه في الكم الصغير، فإنّ المنّ من الحنطة إذا قوّم بستّ دراهم فالحقّة منها لا تقوّم بدرهم واحد، بل بأكثر من درهم مع أنّها سدس المنّ.

فالصحيح ما ذكرناه من إرادة الأفراد من الأجزاء وأنّ المراد من التساوي تساوي الأفراد من حيث القيمة، مثلاً الحنطة إذا كان المنّ منها بدرهم فالمنّ الآخر منها يقوّم بدرهم، بخلاف القيمي فان أفراده مختلفة القيمة، وتوضيح ذلك: أنّ الصفات تارة تكون من قبيل الخصوصيات الشخصية التي لا دخل لها في القيمة وفي رغبات الناس فهي خارجة عن المقام ولا تعتبر في تشخيص المثلي عن القيمي ولهذا لا تكون مضمونة مع التلف فلو تلفت العين وفرض امكان إعادتها لم يجب ردّها نعم يجب ردّها ما دامت موجودة، وأمّا الصفات التي يختلف بها الرغبات والقيم فهي تارة تكون شائعة في أفراد تلك الطبيعة كالحنطة والأُرز من أرض واحدة فان أُرز كل واحد من أطراف هذه الأرض مساوٍ للأُرز في الطرف الآخر فيكون الأُرز مثلياً، وهكذا الحنطة، ومن المثليات جميع ما يخرج من المكائن من الأواني والأقمشة وغيرهما. وما قيل من أنّ الثوب من القيميات إنما عني به الثوب المخيط المنسوج باليد لا الأقمشة الجديدة غير المخيطة. وأمّا لو كان الوصف ممّا تختلف به القيم لكنّه لم يكن بشائع في جميع أفراد هذه الطبيعة بل كان موجوداً في الفرد الخاص دون الفرد الآخر فهو يعدّ من القيميّات كمقدار حمّصة من الفيروزج له خصوصيات تزيد بها القيمة وليست في غير هذا الفرد، فربما يكون مقدار العدسة منه ديناراً والعدسة الأُخرى منه دينارين فهذا من القيميات دون المثليات.

ثم إنه لو أحرزنا كون شيء من القيميات أو المثليات فلابدّ من أداء المثل أو

القيمة ، وأمّا لو شككنا في كون الشيء من المثلي أو القيمي فماذا يقتضيه الأصل ، هل الواجب أداء القيمة أو المرجع تخيير الضامن أو تخيير المالك أو غيرهما ؟ وجوه .

أمّا القول بوجوب أداء القيمة فهو يكون مبنيّاً على كون المقام من باب الأقل والأكثر ، لأن الأمر يدور بين كون الواجب أداء المالية فقط أو هي مع الخصوصيات المثلية ، فالقدر المتيقن هو الأقل وهو أداء المالية والزائد على ذلك محل للبراءة فيجب رعاية القيمة فقط .

وفيه : انّه لو كانت القيمة المعتبرة في ضمان القيميات عبارة عن المالية المشتركة بين جميع الأشياء لكان لما ذكره مجال ، ولكنه ليس كذلك لأن المراد من القيمة هو خصوص النقدين لأنهما متمحّضان في المالية وسائر الأشياء يقوّم بهما فاذا كان كذلك فيدور أمر تكليفه بين أداء القيمة أي النقدين وأداء المثل أي المالية مع الصفات المثلية ، فدوران الأمر بين المتباينين لا الأقل والأكثر .

وأمّا القول بتخيير الضامن فمتوقف على كون المقام من قبيل المتباينين وقيام الاجماع أو قاعدة لا ضرر على عدم وجوب الموافقة القطعية في الماليات فلا يجب عليه أداء المثل والقيمة معاً ، فلا محالة تصل النوبة إلى الموافقة الاحتمالية وهو أداء أحدهما فينتج التخيير في مقام الردّ ، فمدرك التخيير إمّا الاجماع أو قاعدة لا ضرر .

وأمّا مدرك تخيير المالك فهو عبارة عن قاعدة الاشتغال ، مع دوران الأمر بين المتباينين ، فإنّ الاشتغال اليقيني يقتضي الفراغ اليقيني وهو يحصل بدفع ما يختاره المالك ويرضاه .

ويرد على القولين معاً : أنّ الاجماع أو لا ضرر أو قاعدة الاشتغال لا ينحصر أثرها في التخيير ، بل يمكن أن يرجع إلى القرعة فانها لكل أمر مشكل ، أو يرجع إلى المصالحة القهرية فلا وجه للتخيير لهما ، كما لا وجه للالتزام بردّ القيمة من جهة دوران الأمر بين الأقل والأكثر ، بل يمكن القول بضمان المثل لوجهين : الأول رواية

على اليد بناءً على صحتها . والثاني : السيرة العقلائية في الاستيلاء على مال الغير فإنّهما يقتضيان ردّ الأوصاف التي استولى عليها الضامن إلّا فيما قام الدليل على عدم وجوب ردّها وهو ما ثبت كونه قيمياً ، فما لم يثبت ذلك يجب ردّ الأوصاف بأداء المثل .

وبالجملة : القول بتخيير المالك أو الضامن مبني على كون المقام من قبيل المتباينين ، بأن يكون ما استقرّ في ذمّة الضامن مردّداً بين المثل والقيمة ، وليس كذلك ، فإنّ المستقرّ في ذمّة الضامن هو نفس العين بما لها من المالية والأوصاف النوعية والشخصية ، فإن أمكن ردّها بردّ العين وجب وإلّا فيجب ردّ الأوصاف النوعية إلّا فيما أُحرز عدم وجوبه فيجب ردّ المالية فقط بدفع القيمة . ولو تنزّلنا عن ذلك فالمرجع هو القرعة ، فإنّها لكلّ أمر مشكل ، ولا وجه للتخييرين .

ثم إنّه لو نزلت قيمة التالف المثلي يوم الردّ فالظاهر أنه يجب ردّ المثل دون القيمة، لأن حاله حال العين إذا كانت باقية وتنزّلت قيمتها السوقية ، فلا إشكال في أنّ ردّ الزائد عن المثل غير واجب على الضامن لأنه ضامن للمثل ولا ربط لنقصان القيمة في السوق به ، ويؤيّده ما عن محمد بن الحسن الصفّار عن محمد بن عيسى عن يونس قال « كتبت إلى أبي الحسن الرضا (عليه السلام) أنه كان لي على رجل (عشرة) دراهم وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أغلى (أعلى) من تلك الدراهم الأُولى ولها اليوم وضيعة ، فأي شيء لي عليه ، الأُولى التي أسقطها السلطان ، أو الدراهم التي أجازها السلطان ؟ فكتب (عليه السلام) : لك الدراهم الأُولى»[1] فإنّ الإمام (عليه السلام) حكم بأنّ له الدراهم الأُولى مع فرض تنزّل قيمتها وأنّ لها وضيعة ، ولا يتوهّم دلالتها على اشتغال الذمّة بالمثل حتّى مع فرض

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٠٦ / أبواب الصرف ب ٢٠ ح ٢.

سقوطه عن المالية بالمرّة ، لأن الدراهم المتعارفة في تلك الأعصار كانت من الفضة فكانت لموادها مالية فاسقاط السلطان كان موجباً لنقصان ماليتها لا زوال ماليتها رأساً ، فلو سقط المثل عن القيمة بالمرّة كما لو أخذ الثلج في الصيف ويريد أن يعطيه في الشتاء فالظاهر أنه يرجع إلى القيمة ولو كان المثل موجوداً أيضاً ، لأنّ مقتضى على اليد وسائر أدلة الضمان هو الضمان بالمال ولابدّ في مقام الردّ أن يكون مالاً ، وبما أنّ المالية قد سقطت فلابدّ من أداء القيمة ، هذا في المثلي .

وأمّا لو تلف القيمي وكان المثل ميسوراً للضامن ، فالظاهر أنه يجب أداء المثل دون القيمة ، لأن الدليل على ضمان القيمي بالقيمة مطلقاً مقطوع العدم ، وإنما نقول في القيميات بضمان القيمة لأجل تعذّر المثل ، وأمّا إذا فرضنا وجود المثل للقيمي وإمكان أداء المثل في مقام الخروج عن عهدة الضمان فلا مجال إلّا للمثل للسيرة العرفية كما ذكرنا .

فتلخّص ممّا ذكرنا : أنّ ما في الذمّة عبارة عن نفس العين غاية الأمر بما أنّ خصوصيات الفرد ليست قابلة للردّ ، لا بنفسها لكونها تالفة ولا ببدلها حيث لا بدل لها ، فلا محالة تصل النوبة إلى المثل وهو كلّي هذا الفرد مع الصفات النوعية أو الصنفية .

الأمر الخامس

أنه إذا زادت قيمة مثل التالف في السوق بأضعاف قيمته يوم التلف ، أو لم يكن له مثل في الخارج إلّا عند شخص واحد ولا يبيعه إلّا بأضعاف قيمته ، فهل يجب على الضامن في هاتين الصورتين شراء المثل أو تصل النوبة إلى القيمة أو يفصل بينهما ؟

ربما يقال بوجوب القيمة ، لأنّ وجوب المثل ضرري ، وربما يقال بوجوب

المثل وعدم جريان دليل لا ضرر ، لأنه إنما نشأ من قبل نفس الضامن وإقدامه على ذلك كما هو ظاهر عبارة الشيخ (قدّس سرّه)[١] حيث التزم بوجوب ردّ المثل لعموم النص والفتوى .

ولكن التحقيق هو الفرق بين الصورتين بالالتزام بوجوب شراء المثل وردّه في الصورة الأُولى دون الثانية ، لعدم تضرّر الضامن في الصورة الأُولى ، لأنّه لا يدفع إلى المالك إلّا ما اشتغلت ذمّته به ، وزيادة قيمة السوق لا توجب ضرراً على الضامن لأنّها زيادة اعتبارية ، ولذا لو كانت العين باقية يجب ردّها ولو زادت قيمتها ، ولا يكون ضرراً على الضامن كما فيما إذا تنزّلت قيمتها فإنّ الواجب هو ردّ ما ضمنه وهو المثل فلا يجري دليل لا ضرر .

وأمّا في الصورة الثانية فالظاهر أنّ ردّ المثل مستلزم لتضرّره ودفع أكثر ممّا ثبت في عهدته ، فيرتفع وجوبه بحديث لا ضرر ، فتكون زيادة قيمة المثل في هذه الصورة ملحقة بصورة إعواز المثل في الحكم ، فهي إعواز حكمي ، فيجب أداء القيمة .

وأمّا ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من عموم النصّ والفتوى فهو مخصّص بقاعدة لا ضرر وهي حاكمة عليه .

الأمر السادس

لو تعذّر المثل في المثلي فلا كلام في وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك ، وإنّما الكلام يقع في جهتين : الأُولى : أنّه هل يكون للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة بعد فرض عدم القدرة على أداء المثل ، لأنّ التكليف به تكليف بما لا يطاق أم لا ؟

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٢٣ وما بعدها .

الثانية : هل تكون للمالك المطالبة بالقيمة واجبار الضامن على دفع القيمة مع أنّ الواجب على الضامن هو المثل أم لا ؟

أمّا الأُولى : فليس للضامن الاجبار على القيمة مع إرادة المالك الصبر حتّى يوجد المثل ، لأنّ المضمون هو المثل لا القيمة فلا يسقط إلّا برضا المالك .

وأمّا الثانية : فيجوز للمالك مطالبة القيمة ، لأنّ المال مع أوصافه النوعية أو الصنفية من حقوق المالك على الضامن فيجوز له أن يطالب بالمال مع الصفات أو يرفع اليد عن حقّه بالاضافة إلى الصفات ويطالب بالقيمة كاشتراط المشتري على البائع شيئاً فإنّ له أن يطالب بأصل المبيع من دون مطالبة للشرط لأنّه حقّه ، والدليل على ذلك هو السيرة العقلائية حيث لا يمهلون الضامن حتّى يوجد المثل مع مطالبة المالك بالقيمة .

ثمّ يأتي النزاع في أنّ القيمة التي يجب ردّها هل هي قيمة يوم التلف ، أو يوم الدفع ، أو يوم الأخذ ، أو أعلى القيم من زمان الأخذ إلى يوم التلف ، أو أعلاها من يوم الأخذ إلى يوم الدفع ؟ أقوال .

ولكن هذه متوقّفة على أن يصير المثلي التالف أو المثل أو الجامع بين التالف والمثل قيمياً بالاعواز ، ولكن لا وجه له لعدم الدليل عليه ، وذلك لما ذكرناه من أنّ المضمون في الذمّة هو نفس العين وبعد تلف العين إن كان المثل موجوداً فهو وإلّا ينتقل إلى القيمة يوم الدفع . ودعوى أنّ المالك بمطالبته للقيمة يبرئ الضامن من الصفات النوعية فلابدّ من أداء قيمة يوم المطالبة فاسدة ، لأنّ المالك إنّما يتنازل في مقام الوفاء ويرضى بالقيمة وليس ذلك إسقاطاً للمثل عن الذمّة ، بل هي مشغولة بالمثل حتّى بعد مطالبة المالك للقيمة ، ولذا لو لم يدفعها الضامن بعد المطالبة ثمّ وجد المثل بعد ذلك فللمالك أن يأخذه دون القيمة .

ثمّ لا فرق فيما ذكرنا من اشتغال الذمّة بالعين بين تعذّر المثل من الأوّل أو أن

يطرأ التعذّر بعد وجود المثل ، كما لا فرق بين أن يكون التعذّر موقتاً أو مستمرّاً إلى الأبد ، فإنّ الثابت في الذمّة هو العين إلى زمان الدفع فإن كان المثل موجوداً فهو وإلّا تصل النوبة إلى القيمة .

ثمّ إنّ المحكي عن التذكرة(١) أنّ المراد من إعواز المثل أن لا يوجد في البلد وما حوله ، وزاد في المسالك(٢) قوله ممّا ينقل عادة منه إليه ، كما ذكروا هذا القيد في السلم أيضاً ، هذا .

ولكن من جهة عدم ورود الاعواز وتحديده في دليل شرعي فلابدّ من الالتزام بما تقتضيه القاعدة وقد عرفت أنّها تقتضي ردّ المثل إلّا إذا تعذّر ، فيكون المناط هو التعذّر الشخصي بلا فرق بين وجوده في البلد وما حوله وعدمه ، فلو تمكّن من أداء المثل ولو من أقصى البلاد يجب ، إلّا أن يكون في أداء المثل ضرر أزيد ممّا يقتضيه ردّ المثل فتكون قاعدة لا ضرر محكّمة ، كما أنّه لو كان المثل في بلده ولكن لا يتمكّن من شرائه لعذر لا يجب أداء المثل .

ثمّ إنّ في تقويم التالف مع تعذّر المثل إشكالاً من جهة أنّه هل يلاحظ قيمة زمان قلّة وجود المثل أو زمان كثرته ؟

الظاهر أنّه كما ذكرنا تكون العين ثابتة في الذمّة إلى يوم الدفع ، فيفرض أنّ مثل التالف موجود في زمان الدفع فيقوّم فيؤدّي قيمة ذلك الوقت كما لو كانت العين موجودة إلى زمان الدفع ثمّ تلفت ، فلابدّ من أداء قيمة هذا الزمان وهو زمان الدفع إلى المالك فلا يبقى إشكال في المقام .

ثمّ إنّه لو فرض تعذّر المثل في البلد ولكن من باب الصدفة ذهب المالك

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٨٣ السطر ١٦ .

(٢) المسالك ١٢ : ١٨٣ .

والضامن إلى بلد آخر فطالب المالك بدل عينه التالفة ، فإن كان المثل موجوداً وجب ردّه ، لأنّ العين ثابتة في الذمّة إلى يوم الدفع فيؤدّي المثل بالمطالبة في غير بلد المعاوضة ولو كانت قيمته فيه أكثر من قيمته في بلد المعاوضة ، وأمّا لو أعوز المثل في ذلك البلد أيضاً فهل يجوز له المطالبة بالقيمة ولو كانت القيمة في ذلك البلد ضعف بلد المعاوضة ؟ الظاهر ذلك ، لأنّ الضامن ملزم بردّ المثل يوم المطالبة ، فإذا تعذّر فللمالك أن يتنازل كما مرّ سابقاً عن حقّه في الصفات النوعية ويطالب بأصل المالية وهو القيمة ، وأمّا الزيادة السوقية فلا يرتبط بما يؤدّيه لأنّها زيادة اعتبارية لا توجب ضرراً على الضامن كما ذكرنا .

ثمّ إذا سقط المثل عن القيمة رأساً كما إذا أخذ بالبيع الفاسد ثلجاً في الصيف وأراد أن يؤدّيه في الشتاء ، فإنّ الثلج في هذا الوقت لا قيمة له ، فهل يكون مثل ذلك ملحقاً بما إذا تعذّر المثل أم لا ؟ الظاهر أنّه كذلك ، لأنّ مقتضى السيرة وظاهر على اليد وجوب ردّ المال ، فلابدّ أن تكون للمضمون مالية ، والمفروض في المقام عدم بقاء مالية للمثل فتصل النوبة إلى القيمة في الوقت الذي وصل المثل فيه إلى أدنى القيم وسقط بعده عن القيمة ، لما ذكرنا من أنّ العين تثبت في الذمّة إلى يوم الدفع فلو طالبه في يوم السقوط عن القيمة وجب دفع قيمة ذلك اليوم لا قيمة يوم التلف ولا أعلى القيم ولا غيرهما من الوجوه المذكورة في المسألة .

ثمّ إنّه لو كان المثل متعذّراً وطالب المالك بالقيمة لم يسقط المثل عن الذمّة بمجرد مطالبة القيمة ، بل يكون المثل ثابتاً في الذمة إلى زمان الدفع ، ولذا لو طالب بالقيمة عند تعذّر المثل ثم وجد المثل فندم وطالب بالمثل فله ذلك ، وأمّا لو طالب المالك عند تعذّر المثل بالقيمة وقد أعطاها الضامن خارجاً ورضيا بذلك ثم وجد المثل فهل يكون للمالك أن يردّ القيمة ويطالب بالمثل أم لا ؟

ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(١) بأنه لو قلنا بأن الثابت في الذمّة هو المثل ولا يسقط المثل عن الذمة بالتعذّر إلى زمان دفع القيمة فليس له المطالبة ، لأنّهما تراضيا على أداء ما في الذمة بالقيمة ، فالذمة فرغت بها فلا موجب لاشتغالها بعد ذلك ، كما لو كان المثل موجوداً وتراضيا على القيمة فانّ دفع القيمة في المفروض إنّما يكون في مقام أداء ما اشتغلت به الذمّة فلا معنى لمطالبة المثل بعده ، وأمّا لو قلنا بسقوط المثل عن الذمة بتعذّره وأنّ العين التالفة تنتقل إلى القيمة وتصير قيمية بمجرد تعذّر المثل فالسقوط لما في الذمة أولى ، لأن نفس المضمون كان هو القيمة وقد أدّاها فلا وجه لمطالبة المثل بعد ذلك بالأولوية . وأمّا لو قلنا بأنّ المثل عند تعذّره صار قيمياً فيحتمل أن يكون للمالك مطالبة المثل لأنّ القيمة إنّما تكون من قبيل بدل الحيلولة عن المثل فإذا وجد المثل ينتفي الحيلولة ، هذا .

ولكنّه من غرائب كلمات الشيخ (قدّس سرّه) لأنه لا وجه لكون القيمة بدل الحيلولة على القولين الأخيرين ، لأنا إذا فرضنا انتقال نفس العين التالفة أو المثل إلى القيمة فما أدّاه هو عين ما اشتغلت به ذمّته لا بدل حيلولة له ، نعم لو قام دليل على بدل الحيلولة لأمكن جريانه على القول الأول أي القول بعدم انقلاب المثلي التالف ولا المثل إلى القيمة وبقاء المثل في الذمة إلى يوم دفع القيمة ، فإنّه يمكن أن يقال إنّ القيمة المؤدّاة تكون من قبيل بدل الحيلولة للمثل حتى يوجد .

إلّا أنّ لنا كلاماً في أصل بدل الحيلولة وما ذكره السيد الطباطبائي(٢) من أنّ بدل الحيلولة إنما يتصوّر في الأعيان الخارجية لا بالاضافة إلى الذمم كالمقام لا وجه له ، لأنّ معنى بدل الحيلولة أن يجعل بدلاً عن السلطنة الممنوعة للمالك على العين لا

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٣٩ فرع .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٠٢ .

بدلاً عن أصل العين ، فلا فرق بين أن يكون المبدل منه من الأعيان الخارجية أو ما في الذمم، هذا تمام الكلام في المثلي .

الأمر السابع

لا ريب في أنّ القيمي إذا تلف وكان مثله موجوداً لزم أداء المثل دون القيمة وأما ما ورد من أداء القيمة في بعض النصوص[١] فهو محمول على صورة تعذّر المثل ، وذلك لأنّه لا فرق بين المثلي والقيمي في أنّ ما اشتغلت به الذمة هو العين غاية الأمر عند تعذّر المثل في المثلي ليس للضامن إجبار المالك بأخذ القيمة ، لأنّ المالك له أن يصبر حتّى يتمكّن من أداء ما في الذمّة وهو المثل ، وهذا بخلاف تعذّر المثل في القيمي لأنه بمجرد تعذّر المثل تشتغل الذمة بالقيمة فللضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمة ، وامتناع المالك من الأخذ حتى يوجد المثل بعد ذلك مستلزم للضرر على الضامن ، لأنّ اشتغال الذمّة ضرر ، فيرفع بقاعدة لا ضرر .

ثمّ إنّ ما ذكرناه من وجوب ردّ المثل في القيمي مع التمكّن من المثل مورد للسيرة العقلائية ، وأمّا الإجماع المدّعى في المقام على ضمان القيمي بالقيمة لا إطلاق له يشمل صورة تيسّر المثل ، وكذا لو كان التالف في يد المشتري هو القيمي وكان في ذمة المالك أيضاً مثله للضامن فلا تصل النوبة إلى القيمة أيضاً ، بل لابدّ من التهاتر القهري كما لو كان لكل منهما على ذمة الآخر ذراعٌ من الكرباس .

فتحصّل : أنّ المثل لو كان موجوداً فيجب ردّه لو كان خارجياً ويحكم بالتهاتر القهري لو كان في الذمّة .

---

(١) راجع من باب المثال الوسائل ٢٣ : ٣٦ / كتاب العتق ب١٨ ح١ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ .

الملاك في تعيين القيمة في القيمي

قد عرفت أنّ القيمي مع تعذّر المثل يضمن بالقيمة ، ولكن ما هو الملاك في تعيين القيمة ؟ وهل يجب قيمة يوم الدفع أو يوم التلف أو قيمة يوم الغصب في باب الغصب أو يوم القبض في المقام أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو إلى يوم الدفع أو من زمان التلف إلى يوم الدفع ؟ أقوال :

أمّا القول بوجوب أداء قيمة يوم الغصب أو القبض كما في المقام فينافيه ما يقتضيه الضمان في طبعه ، إذ مجرد الاستيلاء على العين لا يوجب الضمان بالقيمة ، بل الذمة مشغولة بنفس العين ما دامت باقية ولا ينتقل الضمان إلى بدلها قبل التلف ، فهذا القول على خلاف القاعدة ولا مدرك له إلّا صحيحة أبي ولّاد الواردة في الغصب وعلى تقدير تماميتها يلحق به المقبوض بالعقد الفاسد للاجماع أو الأولوية كما سنبيّن إن شاء الله .

وأمّا القول بوجوب أداء قيمة يوم الدفع فهو وإن كان مقتضى ما ذكرناه سابقاً من أنّ الذمّة مشغولة بالعين إلى زمان الفراغ وهو يوم الدفع فيجب قيمة هذا اليوم ، إلّا أنّه ينافي ما سبق آنفاً من أنّ للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة عند تعذّر المثل ، فإنّ لازمه عدم ثبوت شيء في عهدة الضامن سوى القيمة ، لأنّه لو كانت ذمّته مشغولة بالمثل لم يبق مجال للقول باجبار الضامن للمالك على أخذ القيمة بل يمكنه الامتناع من أخذها والصبر إلى أن يوجد المثل كما في المثلي ، وأمّا القول بوجوب أداء قيمة يوم التلف فهو وإن كان على القاعدة ويقتضيه طبع الضمان ، لأنّ العهدة مشغولة بالعين ما دامت موجودة ، وإذا تلفت فلابدّ من إقامة شيء مقامها يجعلها كأنّها لم تتلف وهو القيمة في الفرض ، فزمان الانتقال إلى القيمة هو زمان التلف ، فلابدّ أن يكون هو الملاك في تعيين القيمة ، إلّا أنّ صحيحة أبي ولّاد قد دلّت على وجوب قيمة يوم الغصب على خلاف القاعدة ، فلابدّ من التكلّم في دلالة

الصحيحة وهي وإن وردت في المغصوب لكن لا ريب أنّه ربما تكون القيمة في المغصوب يوم التلف أكثر من قيمته يوم الغصب ، ومع ذلك لو دلّت الرواية على ضمان قيمة يوم الغصب نلحق الضمان في سائر المقامات بالغصب ونقول فيها بضمان يوم القبض بالأولوية القطعية ، لأنّه لا نحتمل أن يكون الضمان في غير باب الغصب أسوأ حالاً من الغصب ، فالضمان بالقيمة يوم الغصب والقبض بمقتضى الرواية يكون على خلاف القاعدة فيسقط ضمان يوم التلف عن الاعتبار كيوم الدفع .

وأمّا الرواية ففي كتاب الغصب من الوسائل (مع ما نقص من أصل رواية الشيخ (قدّس سرّه)) عن محمّد بن الحسن باسناده عن أحمد بن محمّد عن ابن محبوب عن أبي ولّاد قال « اكتريت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي ، فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجّه إلى النيل فتوجّهت نحو النيل فلمّا أتيت خبّرت أنّه توجّه إلى بغداد فأتبعته وظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه ورجعت إلى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلّل منه فيما صنعت وأُرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصّة وأخبره الرجل ، فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعته إليه سليماً ، قال نعم بعد خمسة عشر يوماً ، قال : فما تريد من الرجل ؟ قال : أُريد كراء بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً ، فقال إنّي ما أرى لك حقّاً لأنّه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء ، قال : فخرجنا من عنده وأخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً وتحلّلت منه وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبدالله (عليه السلام) بما أفتى به أبو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركاتها فقلت لأبي عبدالله فما ترى

أنت جعلت فداك ؟ قال (عليه السلام) أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومثل كرى البغل من النيل إلى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إيّاه ، قال قلت : جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ قال : لا لأنّك غاصب ، فقلت أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر ؟ فقال : عليك قيمته ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : أنت وهو ، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك ، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك (لزمه) ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك »[1] الحديث .

ومحلّ الاستشهاد منها على ضمان قيمة يوم الغصب قوله (عليه السلام) « نعم قيمة بغل يوم خالفته » حيث إنّه يمكن أن يكون الظرف متعلّقاً بالقيمة بنحو الإضافة على نحو تتابع الإضافات ، أو تكرار إضافة القيمة ، ولكنّهما خلاف الظاهر . أو إضافة مجموع القيمة والبغل إلى الظرف ، ونظيره كثير في الاستعمالات العرفية كقولنا ماء رمّان زيد وبيض دجاج زيد مع عدم رمان أو دجاج لزيد وإنّما اشترى ابتداءً ماء الرمان أو بيض الدجاج ، إلاّ أنّه خلاف الظاهر أيضاً ، والظاهر أنّه ظرف للقيمة بلا إضافة شيء إليه فينتج ضمان قيمة يوم المخالفة فيناسب الرواية مسلك المشهور .

ويحتمل أن يكون الظرف متعلّقاً بقوله (عليه السلام) « نعم » القائم مقام قوله (عليه السلام) « يلزمك » أي يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل ، وبناءً على هذا الاحتمال يكون أجنبياً عن تعيين القيمة ، فتكون الصحيحة مجملة ، إلاّ أنّه يردّ هذا الاحتمال

---

(١) أوردها بتمامها في التهذيب ٧ : ٢١٥ ح٩٤٣ من باب الاجارات ، وكذا في الكافي ٥ : ٢٩٠ ح٦ ، وأورد بعضها في الوسائل ٢٥ : ٣٩٠ / كتاب الغصب ب٧ ح١ .

أمران :

الأول : ما ذكره شيخنا الأنصاري (عليه السلام)[١] من أنّ السؤال لم يكن عن زمان اللزوم والضمان بسبب المخالفة فإنّه كان أمراً واضحاً ، بل السائل إنّما سأل عمّا يلزمه بسبب المخالفة على تقدير التلف فلو كان الظرف راجعاً إلى قوله (عليه السلام) « نعم » لزم اللغوية في جواب الإمام (عليه السلام) لفرض علم السائل بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان .

والثاني : أنّ مقتضى تعلّق الظرف بقوله « نعم » وجوب ردّ القيمة من يوم الغصب ، فيلزم انتقال العين إلى القيمة قبل تلفها ولم يقل به أحد .

فتحصّل : أنّه لا يصحّ رجوع الظرف إلى كلمة نعم ، بل هو راجع إلى القيمة وعليه تدلّ هذه الفقرة على ضمان قيمة يوم الغصب في المغصوب ويلحق به المقبوض بالعقد الفاسد فيكون الضمان فيه بقيمة يوم القبض ، هذا .

وقد أُورد على هذا الاستدلال بأُمور **منها** : أنّ الإمام (عليه السلام) ذكر في الرواية لزوم تعيين الشهود قيمة يوم الاكتراء حيث قال (عليه السلام) « أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا » فيعلم أنّ يوم الغصب لا موضوعية له ، بل ذكر كلا اليومين طريق إلى إثبات الضمان لا خصوص ضمان يوم الغصب .

وفيه : أنّ ضمان قيمة يوم الاكتراء من حيث كونه يوم الاكتراء واضح الفساد ، لعدم كون البغل مغصوباً حينئذ ، فلابدّ أن يكون ذكره لنكتة عرفناها أو لم نعرفها ، فلا يجوز أن يجعل منافياً لتعيين قيمة يوم المخالفة في الجملة الأُولى ، ولا يبعد أن تكون النكتة اتّحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال ، لأنّ الاكتراء

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٤٨ .

للمسافات القريبة غالباً يكون مقارناً للسفر وللحركة ، ولو كان مقدّماً لكان بنصف يوم أو من الليل إلى الصبح ولا يفصل بين زمان الاكتراء والسفر أزيد من هذا وهذا الشخص قد اكترى البغل من الكوفة إلى قصر بني هبيرة الذي كان أقلّ من الفرسخ من الكوفة ولمّا بلغ قرب قنطرة الكوفة خالف وذهب إلى النيل ، فالفصل يكون بساعة أو ساعتين ، فيوم الاكتراء بعينه هو يوم الغصب ، فدلالته على ضمان يوم الغصب بحاله .

ومنها : قوله (عليه السلام) « عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه » بناءً على أن يكون لفظة « يوم » متعلّقاً بالقيمة ، فيكون المعنى وجوب قيمة يوم الدفع لا قيمة يوم المخالفة في تلف الأوصاف ، ولا فرق بين تلف العين وتلف الأوصاف في هذا الحكم .

وفيه : أنّ الظرف لا يمكن تعلّقه بالقيمة لما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ المناط في تعيين الأرش ليس بيوم الردّ إجماعاً ، كما لا يصحّ تعلّقه بـ« عليك » لأنّ لزوم القيمة ليس في يوم الردّ بل وجوبها ثابت من أوّل يوم من المخالفة .

فالصحيح أن يكون متعلّقاً بالعيب ، لأنّه أقرب وله معنى حدثي ، وعليه فتدلّ هذه الفقرة من الصحيحة على أنّ العيب الحادث إنّما يوجب ضمان الأرش فيما إذا استمرّ إلى زمان ردّ العين ، فالغاصب ضامن لأرش العيب الموجود حال الردّ لا مطلق العيب الحادث وإن زال وارتفع ، فلا تعرض في هذه الفقرة لتعيين قيمة يوم الردّ حتّى تنافي ما استظهرناه من الفقرة الأُولى من الاعتبار بقيمته يوم الغصب .

ومنها : قوله (عليه السلام) : « إمّا أنّ يحلف هو على القيمة فيلزمك ... أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون » الخ حيث عيّن في الرواية أنّ الحلف والبيّنة وظيفة المالك مع أنّ البيّنة تكون على المدّعي واليمين على من أنكر ولا يصحّ توجّه كلا الأمرين إلى شخص واحد ، فهذه الرواية مخالفة للقاعدة من هذه الجهة ولذا التجأ

الشيخ (رحمه الله)(١) إلى توجيه هذه الفقرة من الصحيحة وجعلها مؤيّدة لكون الاعتبار بقيمة يوم التلف لا يوم المخالفة ، وحملها على بيان صورتين من صور النزاع بين المالك والضامن ، فحملها من حيث الحكم بتوجّه اليمين على المالك ، على صورة اختلافهما في تنزّل القيمة يوم التلف ، بأن يكون المالك والضامن متّفقين على قيمة واحدة للعين قبل يوم التلف وادّعى المالك بقاءها على القيمة السابقة في يوم التلف ولكن الضامن يدّعي تنزّلها ، فيكون القول قول المالك فيحلف ، وحملها من حيث الحكم بتوجّه البيّنة عليه على صورة اختلافهما في أصل قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه على تلك القيمة إلى يوم التلف بأن ادّعى المالك أنّها عشرة والضامن يدّعي أنّها خمسة ، فالبيّنة على المالك لأنّه يكون مدّعياً في المقام ، فاليمين والبيّنة كلاهما وظيفة المالك ، غاية الأمر في الصورتين . ثمّ قال : وأمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلابدّ في توجيه توجّه اليمين إلى المالك من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له وادّعى الغاصب نقصانه عن تلك القيمة يوم المخالفة ، ولا يخفى بعد هذا الحمل .

وفيه : أنّ الحمل على صورتين خلاف الظاهر ، لأنّ قوله (عليه السلام) « إمّا أنّ يحلف هو ... أو يأتي صاحب البغل » ظاهر في تخيير المالك لاثبات مقصوده بين الحلف والاشهاد في صورة واحدة لا صورتين . وأمّا ما ذكره أخيراً من الصورتين لتوجيه توجّه الحلف إلى المالك فالصورة الثانية منهما غير صحيحة ، إذ ليس فيها أصل يوافق قول المالك إلّا الاستصحاب القهقري الذي لا نقول به إلّا في باب الألفاظ ، بل الأصل فيها موافق لقول الغاصب ، لأنّ المالك يدّعي زيادة القيمة والغاصب ينكرها ، نعم ما أفاده في الصورة الأُولى صحيح . والحاصل أنّ الحمل

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٥١ .

على الصورتين خلاف الظاهر .

فالصحيح أن نقول : إنّ هذه الرواية تكون مخصّصة لعموم البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر ، لأنّ هذا العام ليس من القواعد العقلية حتّى يكون آبياً عن التخصيص بل من القواعد الفقهية وقد خصّص في موارد كثيرة ، ففي المقام أيضاً نخصّصه بالرواية ونقول في خصوص الغاصب بسماع البيّنة واليمين كليهما من المالك وله أن يأخذ بكلّ منهما في المحاكمة جزاءً للغاصب ، لأنّه يؤخذ بأشقّ الأحوال وإن لم يكن رواية .

ثمّ إنّه استدلّ بهذه الرواية على وجوب أعلى القيم من زمان الغصب إلى يوم التلف ، فذكر الشيخ (قدّس سرّه) أنّها لا تدلّ على ذلك ، ويمكن أن يكون وجه الدلالة هو أنّ زمان ارتفاع القيمة يصدق عليه أيضاً يوم المخالفة ، لأنّ المراد بيوم المخالفة طبيعي يوم المخالفة الساري في جميع هذه الأيّام ، لأنّ كلّ يوم يصدق عليه أنّه يوم المخالفة ، فلا محالة يؤخذ بأعلى القيم ويندرج الأقل في الأكثر لوضوح عدم وجوب الجمع بين القيم في الأداء ، فتكون دلالة الرواية على لزوم أعلى القيم تامّة ، هذا .

ولكن يردّه أمران : الأوّل أنّ المراد من يوم المخالفة صرف الوجود وهو ينطبق على أوّل أيّام المخالفة لا أنّه كلّي يصدق على كلّ فرد .

والثاني : أنّ قوله (عليه السلام) « يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا » أقوى شاهد على كون المناط بيوم خاصّ لا الطبيعي الساري في جميع الأيّام وإلّا لما كان وجه لتعيين يوم الاكتراء الذي ذكرنا سابقاً اتّحاده في مورد الرواية مع يوم المخالفة ، فالميزان هو قيمة أوّل أيّام المخالفة فلا وجه لوجوب أعلى القيم .

واستدلّ أيضاً لوجوب أعلى القيم بقاعدة الاشتغال ، بدعوى أنّ ذمّة الضامن مشغولة بحقّ المالك الذي كان فيه أعلى القيم ، فإذا دفع الأقل من أعلى القيم يشكّ في فراغ الذمّة ، فأصالة الاشتغال حاكمة بوجوب دفع القيمة العليا من بين القيم في هذه

المدّة .

وفيه : أنّ المورد من موارد البراءة ، لأنّه لم يثبت الاشتغال اليقيني إلّا بالقدر المتيقّن ويكون اشتغال الذمّة بالزائد مشكوكاً فيه فيدفع بالبراءة .

واستدلّ أيضاً لهذا القول بالاستصحاب حيث إنّ الضمان قد ثبت بحديث على اليد ونشكّ في ارتفاعه بدفع الأقل من أعلى القيم فنستصحبه إلى زمان دفع أعلى القيم .

وفيه : أنّ المراد من الاستصحاب إن كان استصحاب ضمان نفس العين بناءً على ما ذكرناه سابقاً من عدم سقوط العين بالتعذّر عن الذمّة واشتغالها بالعين إلى زمان الدفع فإن كان المثل موجوداً فهو ، وإلّا فلابدّ من دفع القيمة فلا محالة يثبت بالاستصحاب ضمان قيمة يوم الدفع لا أعلى القيم ، وإن كان المراد منه استصحاب ضمان القيمة بناءً على القول بأنّ التعذّر موجب لسقوط العين عن الذمّة وتبدّلها بالقيمة ، فالمتيقّن من الضمان هو الضمان بالأقل وأمّا الضمان بالمقدار الزائد من القيمة فليست له حالة سابقة متيقّنة حتّى يستصحب بل يجري فيه البراءه كما ذكرنا آنفاً .

واستدلّ أيضاً بقاعدة لا ضرر بدعوى أنّه لو كان المال في هذه المدّة التي منها زمان ارتفاع قيمته عند مالكه لتمكّن من بيعه بأعلى القيم فلو أدّى غير أعلى القيم يتضرّر المالك وهو مرفوع .

وفيه : أنّ الضرر بمعنى النقص في النفس أو العرض أو المال ، وأمّا النقص في المالية الناشئ من اختلاف القيمة السوقية فلا يعدّ ضرراً عرفاً ليكون مورداً لقاعدة لا ضرر ومضموناً على الغاصب ، ولذا لا يحكم بضمان زيادة القيمة السوقية في صورة بقاء العين إذا ردّها إلى مالكها بعد نقصان قيمتها السوقية .

واستدلّ أيضاً لهذا القول بأنّ العين مضمونة في جميع الأزمنة التي منها زمان ارتفاع القيمة فيجب على الضامن الخروج عن عهدتها بدفع أعلى القيم .

وفيه : إن كان المراد بضمان أعلى القيم أنّه لو تلفت العين في هذا الزمان لابدّ من الانتقال إلى قيمة هذا اليوم فمسلّم على تقدير كون العبرة بقيمة يوم التلف ، إلّا أنّ المفروض عدم التلف ، ولو كان المراد وجوب أعلى القيم وإن لم تـتلف في ذلك الزمان وردّت إلى مالكها بعدما تنزّلت قيمتها ، فهو خـلاف الإجمـاع والضرورة حيث إنّه لو كانت العين باقية وأراد ردّها لم يجب على الضامن ردّ العين مع القيمة المرتفعة إذا فرضنا تنزّلها بعد ذلك ، وإن كان المراد ضمان أعلى القيم على تقدير التلف بعد ذلك ، ففيه : أنّ التلف بعد ذلك يوجب أداء القيمة مع طلب المالك أمّا كونها أعلى القيم فهو أوّل الكلام .

واستدلّ أيضاً بما أفاده الشيخ وحاصله : أنّ الضمان كما يـتحقّق بـالاتلاف كذلك يتحقّق بالحيلولة بين المال ومالكه حتّى يتلف المال ، والمفروض في المقام أنّ الغاصب حال بين المالك وبين العين زمان ارتفاع قيمتها فيكون ضامناً للقيمة العليا كما لو كان أتلفها في هذا الزمان . والحيلولة وإن كانت ثابتة في سائر أوقات الغصب أيضاً إلّا أنّ القيم النازلة تندرج في القيمة العليا ويحصل أداؤها بأدائها . نعم لو ردّ العين حصل تدارك تلك المالية بنفس العين ، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه ، لعدم كونه مالاً ، وإنّما هو مقوّم لمالية المال .

ويردّه أوّلاً : أنّه لا دليل على انتقال العين إلى القيمة بالحيلولة .

وثانياً : أنّ ذلك على تقدير تسليمه إنّما يكون مع مطالبة المالك بـالقيمة لا مطلقاً .

وثالثاً : أنّ بدل الحيلولة على تقدير تسليمه يختصّ بما إذا تعذّر ردّ العين ، ولم يفرض في المقام تعذّر ردّ العين حين ارتفاع القيمة .

فتحصّل : أنّه لم يتمّ شيء من هذه الوجوه ، ولو فرض تمامية بعضها يكـون معارضاً بالصحيحة الدالّة على الضمان بقيمة يوم الغصب على ما استظهرناه ، اللهمّ إلّا

أن يفرض إجمالها من تلك الجهة .

ثمّ إنّ في المقام مسائل : **الأُولى :** حكي عن المفيد(١) والقاضي(٢) والحلبي(٣) (قدّس سرّهم) أنّ الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة تفويض الثمن إلى حكم المشتري ، لأنّ الثمن غير معلوم فيكون البيع غررياً .

وفيه : ـ بعد عدم الخصوصية لفساد البيع من جهة تفويض الثمن إلى حكم المشتري ـ أنّه لا وجه لما ذكروه من الاعتبار بقيمة يوم البيع ، ولعلّهم أرادوا من يوم البيع يوم القبض كما ذكره الشيخ (رحمه الله) لغلبة اتّحادهما كما عبّر في الصحيحة عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء ، فكأنّهم تبعوا الرواية في هذا التعبير .

الثانية : أنّه لا اعتبار بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال إلّا أنّه تردّد فيه في الشرائع(٤) ولعلّه كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله ، ولكن التحقيق كما ذكرنا سابقاً أنّه لا فرق في اشتغال الذمّة بالعين بين المثلي والقيمي ، إلّا أنّ القيمي إذا تلف ينتقل الضمان إلى القيمة ، قيمة يوم التلف على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) وقيمة يوم الغصب بمقتضى الرواية ، وأمّا زيادة القيمة بعد ذلك فلا تكون مضمونة ، إذ هي زيادة سوقية اعتبارية كما قلنا سابقاً . نعم لو قلنا بأعلى القيم كان للضمان وجه بناءً على ما ذكر سابقاً من بقاء العين بخصوصياتها النوعية في الذمّة إلى يوم الأداء إلّا أنّه مخالف للصحيحة .

الثالثة : لو كان اختلاف القيمة بحسب اختلاف الأمكنة ذكر الشيخ (قدّس

---

(١) المقنعة : ٥٩٣ .

(٢) ، (٣) حكى عنهما العلّامة في المختلف ٥ : ٢٦٥ المسألة ٢٣٣ .

(٤) شرائع الإسلام ٣ : ٢٤٠ .

سرّه)[١] أنّ المناط بقيمة مكان التلف ، لأنّ العين إذا سقطت عن الذمّة فلابدّ من إبقاء شيء مقامه كأنّه لم يتلف وهو قيمة هذا المكان سواء كان القيمة في مكان الغصب أقلّ من هذا أو أكثر ، ولكنّه مخالف للرواية ، لأنّ مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام) « قيمة بغل يوم خالفته » من دون تعيين المكان أنّه لابدّ من قيمة يوم الغصب ومكان الغصب .

مضافاً إلى أنّ قوله (عليه السلام) في ذيلها « أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا » يدلّ على ضمان قيمة مكان الاكتراء حيث إنّ المتعارف هو الاتيان بالشهود من بلد الاكتراء وشهادتهم بقيمة بلدهم والمفروض أنّ بلد الاكتراء متّحد مع مكان القبض في المقام والغصب في باب الغصب .

الرابعة : إذا كان ارتفاع القيمة من جهة الزيادة المتّصلة في العين كما إذا كان المبيع يوم البيع مهزولاً ثمّ صار سميناً فهل يضمن القيمة المرتفعة أو القيمة الأُولى ؟

لا إشكال في ضمان ارتفاع القيمة ، وذلك لأنّ هذه الزيادة لم تكن زيادة سوقية كي لا تكون مضمونة بل هي من الكمّ المتّصل والزيادة العينية ، فمقتضى ضمان العين ضمان هذه الزيادة أيضاً لأنّها مضمونة في كلّ يوم ، ومن الأيّام يوم ارتفاع القيمة بحدوث الزيادة ، وإنّما الكلام في تعيين قيمة تلك الزيادة هل هو بيوم ضمانها أو يوم فواتها أو أعلى القيم أو غير ذلك ؟ والظاهر كون العبرة بقيمتها يوم قبض العين فتقوّم العين واجدة لتلك الصفة يوم الاستيلاء عليها ، وذلك لأنّ الصفات لا تقابل بالمال عرفاً ، فلا معنى لتقويم الصفة مستقلاً وقت حدوثها ، فإنّها تابعة للعين موجبة لزيادة ماليتها فتتبعها في التقويم أيضاً ، فتقوّم العين كما ذكرنا واجدة لتلك

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٥٦ .

الصفة يوم قبض العين وإن كان حدوث الضمان بالاضافة إلى الزيادة متأخّراً .

بدل الحيلولة

الخامسة : أنّهم ذكروا أنّ تعذّر الوصول إلى العين يكون في حكم التلف وإن لم تتلف في الواقع حقيقة كما لو سرق المال أو غرق أو ضاع أو أبق ، والتزموا بلزوم دفع البدل من المثل أو القيمة عوضاً عن حيلولة الضامن بين المالك ومـاله إلى أن ينتقل إليه ، هذا .

ولكن الكلام في مدرك ذلك واستدلّ لذلك بأُمور **الأوّل :** قـاعدة لا ضرر لأنّ عدم ضمان الضامن بالبدل في زمان التعذّر من الوصول يكون ضرراً على المالك وهو مرفوع .

ولكن الاستدلال بلا ضرر في المقام متوقّف على إثبات أمرين :

الأوّل : أن يكون الحديث رافـعاً للـحكم الضرري لا المـوضوع الضرري كالوضوء والغسل الناشي منهما الضرر حتّى يقال بانتفاء الموضوع الضرري في المقام وقد قلنا في محلّه(١) إنّ حديث لا ضرر إنّما يرفع الحكم الضرري لا الموضوع ، فهذا الأمر صحيح .

الثاني : أنّ الحديث يرفع الأحكام العدمية أيضاً ، وقـد ذكـرنا في محـلّه أنّ حديث لا ضرر إنّما يتكفّل رفع الأحكام التي جعلت في الشريعة كحديث الرفـع وأمّا الأحكام التي لا تكون مجعولة ويلزم الضرر من عدم جـعلها فـلا . وبـعبارة أُخرى يكون لسان الحديث نفياً لا إثباتاً ، وفي المقام إنّما يلزم الضرر من عدم جعل الضمان على الضامن فلا يمكننا إثبات الضمان بحديث لا ضرر ، لأنّه كما ذكرنا لا يدلّ

---

(١) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٦١٥ .

على الجعل .

وعلى تقدير تسليم أنّ الحديث يعمّ عدم الأحكام التي ينشأ الضرر منها ، إلّا أنّ نسبة حديث لا ضرر مع القول بضمان بدل الحيلولة عموم من وجه ، إذ ربما يكون المورد ضررياً ولا ضمان فيه كما إذا حيل بين المالك والمال بساعة أو ليلة وكان ضررياً ، مع أنّهم لا يلتزمون بالضمان ، لأنّهم اشترطوا مدّة طويلة ، وربما يكون الضمان موجوداً كما إذا حال الضامن بينهما بسنة أو أزيد أو أقل مع أنّ المالك يكون من الأغنياء ولا يتضرّر من قطع سلطنته خصوصاً إذا لم يكن مورد احتياجه ، فلا وجه للتمسّك بقاعدة لا ضرر في المقام .

ولو تنزّلنا عن ذلك أيضاً يكون القاعدة معارضة بالمثل ، إذ كما يكون في عدم جعل الضمان ضرر على المالك يكون في جعله ضرر على الضامن أيضاً . وممّا يؤيّد أنّ التمسّك بالقاعدة غير ممكن في المقام : أنّه لو حبس الضامن نفس المالك ومنعه عن التصرف في أمواله لم يلتزم أحد بضمان البدل بالقاعدة بدعوى أنّ المالك منع عن السلطنة ولا يتوهّمه فقيه بل متفقّه ، فلا يمكن التمسّك بحديث لا ضرر .

الثاني ممّا استدلّ به على ضمان البدل : حديث السلطنة بدعوى أنّ قوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم »[1] يقتضي جواز مطالبة المالك بماله إن كان موجوداً وإلّا فببدله ، لكن مضافاً إلى ضعف سند الحديث يرد عليه نقضان : الأوّل أنّه لو حبس المالك ساعة ومنع عن التصرف في ماله لا يجب على الحابس إعطاء البدل ، فلو كان مقتضى حديث السلطنة هو الضمان فلابدّ من الالتزام به في المقام ولم يلتزموا به مع أنّ سلطنة المالك قد قطعت بحبس الغير إيّاه . والثاني أنّه لو حيل بين المالك وماله في مدّة قليلة لابدّ من الضمان مع أنّهم لا يلتزمون به إلّا في

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

صورة الحيلولة بينهما في مدّة طويلة .

وأمّا حلّه : فبأنّ مقتضى قاعدة السلطنة التسلّط على ماله ، وأمّا التسلّط على البدل من المثل أو القيمة فلا دلالة فيها عليه .

الثالث : قاعدة الاتلاف حيث إنّ الغاصب أو من بحكمه قد أتلف على المالك سلطنته على ماله فلابدّ من ضمان البدل .

وفيه : مضافاً إلى النقضين المذكورين ، أنّ المراد من السلطنة إن كان هو السلطنة الشرعية على ماله بمعنى جواز التصرّفات الخارجية والاعتبارية فيه حيث إنّ المالك بعد الحيلولة لا يجوز له بيع ماله ولا إيجاره لتعذّر تسليمه ، فهذه السلطنة حكم شرعي وليس بمال حتّى يجري في إتلافها قاعدة من أتلف مال الغير ، وإن كان المراد من السلطنة نفس التصرفات الخارجية أي الانتفاع بالمال واستيفاء منافعه مع بقاء عينه فتفويتها فيما يمكن بقاؤه مع استيفاء المنافع مثل الدار وأمثالها ـ بخلاف الذهب والفضّة والخبز فإنّ استيفاء المنافع منها متوقّف على زوال العين ـ وإن كان موجباً لضمان المنافع إلّا أنّه لا يرتبط ببدل الحيلولة هذا ، مع أنّ قاعدة الاتلاف ليست بنفسها مدلولة لآية أو رواية حتّى يتمسّك باطلاقها ، بل هي متصيّدة من أدلّة الضمان الواردة في موارد خاصّة فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن منها وهو إتلاف نفس العين ، فلا وجه للاستدلال بها في المقام .

الرابع : قاعدة على اليد بدعوى أنّ مقتضاها أن يردّ العين المأخوذة إن كانت موجودة وأمكن ردّها وإلّا فبدلها من المثل أو القيمة ، وهذا معنى بدل الحيلولة .

وفيه أوّلاً : أنّ الاستدلال بقاعدة على اليد في المقام لا يتمّ على ما سلكه المشهور وقرّره الشيخ (قدّس سرّه)[١] من أنّ البدل إنّما يكون بعنوان الغرامة لا أداء

(١) المكاسب ٣ : ٢٥٩ ، ٢٦٧ .

العين ، ولذا لو وجدت العين بعد ذلك يجب على الضامن ردّها ولا يجب على المالك ردّ البدل . وأورد المحقّق والشهيد الثانيان[1] على مسلك المشهور بأنّه جمع بين العوض والمعوّض ، وأجاب عنه الشيخ (قدّس سرّه) بأنّه غرامة لا عوض وإلّا لا يجب ردّ العين لو وجدت ، فلو كان البدل غرامة لا أداءً لا يمكن التمسّك بقاعدة على اليد ، لأنّ مفادها وجوب الأداء وأن يكون الخروج عن الضمان بهذا العنوان .

وثانياً : لو كان الدليل قاعدة على اليد فلا وجه للتفرقة بين كون الوصول إلى العين مرجوّ الحصول أو مع اليأس أو متعذّراً في مدّة قليلة أو طويلة ، لأنّ قاعدة على اليد لم تخصّص بشيء منها ، فهذه تدلّ على أنّ القاعدة ليست دليلاً على الضمان في المقام وهو كذلك .

وثالثاً : أنّ مقتضى القاعدة ردّ ما أخذه وهو العين إن كانت موجودة ، وردّ بدلها إن كانت تالفة ، وأمّا دفع بدل الحيلولة مع بقائها فلا يستفاد منها .

نعم لو كان التعذّر دائميّاً كوقوع سكّة الدينار في البحر المحيط فهذا يعدّ في حكم التلف ، فلابدّ فيه من البدل دون الموجود المتعذّر الوصول إليه مدّة ، وبالجملة لو كان لنا إجماع على ضمان بدل الحيلولة فهو وإلّا فلا وجه للقول بالضمان بدلاً عن حيلولة الضامن بين المالك وملكه .

فتلخّص ممّا ذكرنا : أنّ الأدلّة المذكورة ليست دالّة على ضمان بدل الحيلولة إلّا أن يكون إجماع في المقام ، وعلى تقدير ثبوته وكونه تعبّدياً ـ إذ من المحتمل قريباً أن يكون مستنده هي الوجوه المتقدّمة ـ لابدّ من الاقتصار على مورده ، نعم المنافع التي فوّتت على المالك يجب على الضامن ردّ بدلها ولكنّها أجنبيّة عن بدل الحيلولة ، وأمّا نفس العين فضمانها بالبدل يدور مدار تلفها حقيقة أو حكماً بتعذّرها مع اليأس عن

---

(١) جامع المقاصد ٦ : ٢٦١ ، المسالك ١٢ : ٢٠١ .

الوصول إليها .

ثمّ على تقدير ثبوت بدل الحيلولة لابدّ من الكلام في فروع :

الأوّل : هل يختصّ بصورة يأس الضامن عن الوصول إلى العين وإيصالها إلى المالك أو يلزم مطلقاً حتّى مع العلم بالحصول ؟ هذا يختلف بحسب المباني فإن كان الدليل هو الإجماع فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو لزوم البدل في صورة اليأس عن الحصول ، وأمّا لو كان قاعدة الاتلاف أو حديث لا ضرر أو على اليد فلا فرق بين الصورتين ، لأنّ تعذّر وصول المالك إلى ماله ضرر عليه في كلتا الصورتين ويصدق فيهما اليد واتلاف السلطنة ، فيجب على الضامن أن يغرم للمالك بدل سلطنته حتّى في صورة العلم بالحصول .

الفرع الثاني : قد ذكرنا سابقاً أنّ المثلي والقيمي إذا تلفا تصل النوبة إلى المثل في الأوّل بعد تعذّر ردّ الخصوصيات الشخصية وفي الثاني إلى القيمة ، فللضامن من إلزام المالك بقبولهما كما أنّ للمالك مطالبتهما ، وأمّا في مثل المقام أي صورة التعذّر فبناءً على لزوم بدل الحيلولة هل يكون الحقّ ثابتاً لكلّ منهما أيضاً حتّى يكون للضامن إلزام المالك بقبول البدل كما في صورة التلف الحقيقي حيث إنّ بقاء الضامن مشغول الذمّة ضرر عليه أو يختصّ بالمالك فقط ؟ الظاهر أنّه حقّ المالك فقط وليس للضامن إجباره على أخذ البدل ، فإنّ عمدة الدليل في المقام ثلاثة : إمّا قاعدة لا ضرر أو قاعدة الاتلاف وتفويت السلطنة أو قاعدة على اليد ، ومقتضى قاعدة لا ضرر إثبات حقّ المطالبة للمالك لئلّا يتضرّر ، وأمّا كونه مجبوراً في أخذ البدل فلا ومقتضى قاعدة الاتلاف وتفويت السلطنة أن يكون للمالك مطالبة بدل سلطنته إن أراد ذلك ، وأمّا أنّه لو لم يرد فليس له حقّ في الامتناع فلا تدلّ عليه ، وأمّا قاعدة على اليد فهي تدلّ على وجوب ردّ ما أخذ لا غير ، فللمالك أن يصبر حتّى يمكن الوصول إلى ماله وليس للضامن أن يجبره على أخذ البدل .

والحاصل أنّه في صورة تلف العين تسقط الخصوصيات الشخصية عن عهدة الضامن ، فلا يبقى في ذمّته إلّا المثل أو القيمة ، فيكون للضامن الزام المالك بقبول ذلك ، لأنّه عين ما يملكه في عهدته بالفعل ، وأمّا في صورة التعذّر فالخصوصيات غير ساقطة عن عهدة الضامن ، نعم للمالك إسقاطها والرضا بالمثل أو القيمة ، وأمّا أنّ للضامن إجبار المالك على الاسقاط فلا .

الفرع الثالث : أنّ ما يأخذه المالك من البدل هل يدخل في ملكه أم يصير مباحاً له فقط ؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني فإنّ مقتضى قاعدة لا ضرر وقاعدة الاتلاف وتفويت السلطنة أن يتدارك ضرره وسلطنته ، والمفروض عدم تضرّر المالك بزوال ملكيته ولم تتلف ملكيته لأنّ ملكيته على عين ماله باقية ما لم تتلف العين ، وإنّما تضرّر من جهة عدم تمكّنه من التصرّف في ماله وأتلف عليه تمكّنه من التصرّف والانتفاع بماله ، وهذا يتدارك بمجرد إباحة التصرّف له في البدل والانتفاع به فلا موجب لصيرورة البدل ملكاً له ، نعم لو تصرّف تصرّفاً موقوفاً على الملك لابدّ أن نلتزم بدخوله في ملكه آناً ما قبل التصرّف كما ذكرنا في المعاطاة ومقتضى قاعدة على اليد أنّه يجب على الضامن ردّ ما أخذه ، ولا ريب أنّ البدل ليس عوضاً عن السلطنة الفائتة كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) لأنّ السلطنة والقدرة على التصرف حكم شرعي ليست قابلة لأن يبدل عنها ، بل البدل إنّما يقع عوضاً عن نفس العين ، فإذا أعطاه البدل بمقتضى الضمان الثابت بحديث على اليد فقد أدى عين ما ضمنه ، ومقتضى ذلك أن يكون البدل ملكاً للمالك مثل التلف الحقيقي فإنّ المالك في صورة التلف الحقيقي بعد ما تعذّر له أخذ الخصوصيات الشخصية يرجع إلى الكلّي وهو المثل أو القيمة ، وهكذا في التلف العرفي كما إذا وقع خاتمه في البحر فإنّه وإن كان موجوداً في الواقع إلّا أنّه ملحق بالتلف عرفاً فلابدّ من إعطاء بدله للمالك وهو يكون عوضاً عن التالف لا غرامة ، ويدلّ على ذلك السيرة القطعيّة من

العقلاء حيث إنّ المال المحكوم بالتلف عند العرف كمقدار من دهن الغير إذا خلطه بطعامه إذا أدّى بدله يكون عوضاً عنه وأداءً لما ضمنه وأخذه ، ومن هنا يتّضح الكلام في :

الفرع الرابع : وهو أنّه هل تدخل العين في ملك الضامن بعد إعطاء بدلها أم لا ؟ فإنّ البدل إذا كان غرامة فدخولها في ملك المالك لا يقتضي دخول العين في ملك الضامن ، وأمّا إذا كان عوضاً عن نفس العين وأعطاه الضامن بعنوان أداء ما أخذه واستولى عليه بمقتضى حديث على اليد بعد إغماض المالك عن خصوصيات ماله فلا محالة تتحقّق هناك معاوضة قهرية ، فكما أنّ البدل يدخل في ملك المالك كذلك يعتبر التالف المبدل عنه ملكاً للضامن بقاءً إذا ترتّب أثر على ذلك كما في الأمثلة الآتية .

ويؤكّد ذلك السيرة العقلائية في جميع موارد أداء الغرامة ، فإنّ العقلاء يعتبرون التالف من مال الغارم لا مالكه الأصلي ، ويؤيّده أيضاً ما يستظهر من النصّ الوارد في البهيمة الموطوءة التي يراد ظهرها من دخولها في ملك الواطئ بعد أداء ثمنها ، وبهذا ينقدح حلّ العويصة المعروفة في مسألة تعاقب الأيدي الغاصبة حيث ذكروا فيها أنّ المالك يجوز له الرجوع إلى كلّ من الغاصبين ببدل ماله ، ولكن إذا رجع إلى الغاصب السابق يرجع هو إلى اللاحق حتّى ينتهي استقرار الضمان إلى الغاصب الأخير الذي تلفت العين في يده ، وأمّا إذا رجع إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى سابقه .

وقد أشكل سرّ الفرق بين الصورتين على كثير من الأعلام حيث إنّ العين التالفة ليس لها إلّا بدل واحد ، ونسبة الضمان إلى جميع الأيادي على حدّ سواء ولكن بعدما ذكرنا من رجوع التالف إلى ملك الضامن بعد إعطاء البدل كما عليه السيرة العقلائية يتّضح حلّ هذا الإشكال ، حيث إنّ الغاصب الذي رجع إليه المالك وأخذ الغرامة منه يعتبر مالكاً للعين التالفة ، فله الرجوع إلى الغاصب اللاحق

بمقتضى حديث على اليد ، لأنّ اللاحق أخذ العين منه واستولى عليها بخلاف السابق على من رجع إليه المالك حيث إنّ يده على العين قد انتهت بعد انتقال العين إلى من بعده ، فلا وجه لرجوع من أدّى الغرامة إلى سابقه .

ثمّ إنّه يتفرّع على ما ذكرنا جواز المسح فيما إذا توضّأ بماء ثمّ قبل المسح علم بغصبيّته ، فإنّه إذا أعطى البدل لمالكه فقد أدّى ما ضمنه ، فيكون النداوة في الكفّ ملكاً للغارم فيجوز له المسح بها ، لأنّ المفروض أنّ المالك قد أخذ ما أُخِذ منه فلا حقّ له بعد ذلك ، هذا من أمثلة التلف العرفي فإنّ البلل الباقي وإن كان موجوداً إلّا أنّه في حكم التالف عند العرف ، وهكذا مسألة الخيوط المغصوبة في الثوب فإنّ نزعها يوجب تلفها فإذا أدّى العوض تكون الخيوط ملكاً للضامن لا محالة فيجوز له الصلاة وسائر التصرفات في الثوب .

الفرع الخامس : أنّه لو أدّى البدل فوجد العين وصار متمكّن الوصول إليها فهل تكون للمالك مطالبتها مع ردّ العوض أم لا ؟ الظاهر أنّ هذا النزاع يرجع إلى أنّ ملكية المالك للبدل مستقرّة أو متزلزلة ، ولا ريب أنّ جميع أدلّة اللزوم في المعاوضة تجري هنا فتكون النتيجة هو اللزوم فليس للمالك الاسترداد .

الفرع السادس : أنّ الشيخ (قدّس سرّه)[1] ذكر أنّ ارتفاع قيمة العين بعد أداء البدل والمنافع والنماء المتّصل والمنفصل الحادثة بعد دفع الغرامة غير مضمونة على الغارم .

وفيه : إن كان دليل الضمان هو قاعدة لا ضرر أو تفويت السلطنة فالأمر ليس كما ذكره ، لأنّ الغارم لم يخرج بأداء الغرامة عن عهدة ضمان العين ، لأنّ ما أدّاه كان بدلاً عن السلطنة على العين لا بدلاً عن نفسها ، فالعين باقية في ملك مالكها على

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٦٦ .

عهدة الغارم فلا وجه لعدم كون نمائها مضموناً عليه ، نعم لو قلنا بأنّ المدرك هو قاعدة اليد فمقتضاها دخول العين في ملك الضامن بعد دفع البدل ، فيتجّه الحكم بعدم ضمان زيادة القيمة والنماء ، ولكن الشيخ لا يقول بذلك .

وبعبارة أُخرى : إن كان البدل عوضاً عن السلطنة الفائتة فلازمه بقاء العين في ملك مالكه الأصلي ولا وجه لعدم الضمان للمنافع ، وإن كان عوضاً عن نفس العين فبأدائه بمقتضى على اليد خرج من عهدة الضمان فلازمه بقاء العين ملكاً للضامن فلا ضمان .

أسباب الضمان

فبعد ذلك يقع الكلام في أقسام سبب الضمان التي ذكرها الشيخ (قدّس سرّه)[1].

الأوّل : التلف الحقيقي فحكم بأنّه يجب على الضامن بذل عوض تمام المال ويزول ملكية المالك عن العين لكونها تالفة من أصلها فلم يبق مورد للملكية .

الثاني : التلف الحكمي وهو ذهاب سلطنة المالك عن ماله بحيث لا يكون عودها مرجوّاً كغرق المال في البحر ، فحكم فيه بأنّه مورد لبدل الحيلولة ، ويكون البدل عوضاً عن السلطنة الفائتة لا عن نفس العين ، فهي باقية على ملك مالكها الأصلي .

الثالث : تلف الأجزاء والأوصاف الدخيلة في المالية دون الملكية فبتلفها تزول المالية دون الملكية ، وتكون الغرامة بدلاً عن مالية العين مع بقائها في ملك مالكها .

(١) المكاسب ٣ : ٢٦١ ، ٢٦٤ .

الرابع : ما إذا زالت الملكية أيضاً كما لو صار الخلّ خمراً فإنّ الشارع قد ألغى ماليتها وملكيتها إلّا أنّه يبقى مجرد حقّ الأولوية للمالك مع ثبوت بدل الخلّ على الضامن .

ونقول : أمّا القسم الأوّل فالأمر كما ذكر غاية الأمر بعد دفع البدل تعتبر العين التالفة ملكاً للضامن إذا ترتّب عليه أثر كما في مسألة تعاقب الأيدي .

وأمّا الثاني فقد ذكرنا أنّه كالتلف الحقيقي فلابدّ من بذل عوض تمام المال بدلاً عن العين المحكومة بالتلف عرفاً مع اعتبار العين ملكاً للضامن ، ولا يكون المورد مورد بدل الحيلولة ، بل مورد بدل الحيلولة على فرض ثبوته ما إذا تعذّر الوصول إلى المال لكنّه يوجد بعد مدّة ، فلابدّ من إعطاء البدل عوضاً عن الحيلولة .

وأمّا القسم الثالث فقد أشكل السيّد (قدّس سرّه)[1] في حاشيته فيه بأنّ الشيء بعد زوال وصفه لو كان ممّا ينتفع به فهو مال وإلّا فلا تبقى الملكية أيضاً . ولكن الظاهر أنّ مراد الشيخ فيما يمكن الانتفاع به ، وذلك لأنّ زوال الوصف تارةً يوجب قلّة الانتفاع بالعين كالقصعة المكسورة بالنسبة إلى القصعة الصحيحة ، حيث إنّ نفعها أقلّ فيكون الكسر موجباً لنقصان المالية لا زوال المالية رأساً ، فلابدّ من تأدية الأرش ، إلّا أن يدلّ دليل خاصّ على خلاف ذلك كما في البهيمة الموطوءة ، وأُخرى يوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها مستقلاً مع إمكان الانتفاع بها منضمّاً كأقلام من القصب إذا شقّت إلى شقوق ، أو صفحة قد كتبت فيها القصيدة فأُلقيت في الماء فانتشر حبرها ولا تقرأ بعده ، فإنّ القرطاس وإن لم ينتفع به مستقلاً إلّا أنّه لو انضمّ إليه مثله من القراطيس حتّى تبلغ حقّة أو وزنة يمكن الانتفاع به ، لأنّه يصرف في مصارف منها الاحراق ، وهكذا القلم المشقوق لو انضمّ إليه أخشاب أُخر

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٠٨ .

يستعمل لاشتعال النار ، ومن هذا القبيل الحبّة الواحدة من الحنطة أو الأُرز فإنّه لا يمكن الانتفاع بها مستقلّة ولكن إذا انضمّت إلى غيرها يمكن الانتفاع بها ، فزوال الوصف في كلّ هذه الأمثلة ـ ممّا لا ينتفع به مستقلاً ولكن يمكن الانتفاع به منضمّاً إلى الغير ـ يوجب سقوط العين عن المالية دون الملكية ، ولعلّ هذا هو مراد الشيخ (رحمه الله) في القسم الثالث ، فلا منافاة بين بقاء الملكية وقابلية الانتفاع بالعين وبين سقوطها عن المالية . وثالثة يوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع مطلقاً بحيث لا يمكن الانتفاع بها لا مستقلاً ولا منضماً فيدخل في :

القسم الرابع : وهو ما إذا زالت الملكية أيضاً كما لو صار الخلّ خمراً فإنّه تزول ماليته وملكيته بحكم الشارع ، ولذا لو أتلفه شخص لم يكن ضامناً ، وهذا لا إشكال فيه إنّما الكلام يقع في بقاء حقّ الأولوية والاختصاص للمالك كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) وأنّ هذا الحقّ ثابت له أم لا ، فلابدّ من البحث في جهات :

الأُولى : في دليل إثبات أصل الحقّ ، فربما يقال بأنّ المالك كان له في المال إضافتان : الملكية والحقّ ، فإنّ المالك أحقّ بماله من غيره ، فإذا زالت الملكية بصيرورته خمراً بحكم الشارع يبقى الحقّ بحاله ، لكنّه دعوى بلا دليل . وهكذا دعوى أنّ الحقّ عبارة عن المرتبة الضعيفة من الملكية فتبقى بعد زوال المرتبة القوية منها ، لأنّ الملكية واحدة وقد زالت .

وقد يستدلّ بالاستصحاب حيث إنّ التصرف في ملك الغير حرام في الشريعة المقدّسة ، فبعد زوال الملكية لو شككنا في بقاء حرمة التصرف في العين يجري الاستصحاب . وفيه : أنّ موضوع حرمة التصرف هو ملك الغير أو مال الغير ، فمع سقوط العين عن المالية والملكية لا يبقى الحكم المذكور ، فلا مجال للاستصحاب هذا .

ولكن عمدة الدليل لاثبات الحقّ للمالك هو السيرة العقلائية الممضاة عند

الشارع المقدّس فإنّه إذا ماتت شاة أحد يرى العقلاء المالك أولى بها من الغير ، لا أنّه والغير شرع سواء في التصرف والانتفاع بها ، ويشهد لذلك أنّ الخمر لو صار خلاً أو الشاة عادت إلى الحياة بإذن الله تعالى فلا يشكّ أحد في كون هذا ملكاً للمالك لا أنّه من المباحات الأصلية ، فهذا شاهد على أنّ الحقّ فيما خرج عن الملكية ثابت للمالك دون غيره .

ثمّ إنّه ذكر بعض مشايخنا المحقّقين(١) في ردّ هذا الشاهد كلاماً وهو أنّ دخول الخلّ في ملك المالك كان معلولاً عن سبب ومقتضٍ كالبيع وأمثاله ، فإذا حصل المقتضي يؤثّر ، غاية الأمر عرض عليه المانع بقاءً وهو انقلابه إلى الخمر ، فإذا زال المانع أثّر المقتضي أثره فيكون ملكاً للمالك .

ولكنّه يردّه أمران : الأوّل أنّ المقتضي والمانع مجرّد اصطلاح ولا طريق لهما في الأحكام الشرعية ، بل الأحكام الشرعية تابعة لموضوعاتها وتدور مدارها وجوداً وعدماً ، وقد دلّ الدليل على أنّ الخلّ يملك بالشراء أو الارث ونحوهما ، فإذا فرضنا زوال الملكية بصيرورة الخلّ خمراً فإثباتها بعد صيرورة الخمر خلاً ـ لأنّ هذا الخل مباين للخل السابق ـ يحتاج إلى دليل .

الثاني : أنّ السبب إنّما كان يقتضي الملكية الواحدة المستمرّة لا الملكية في كلّ آن ، فإذا زالت الملكية بالمانع فلا يقتضي السبب ملكية أُخرى بعد زوال المانع .

الجهة الثانية : أنّ حقّ الأولوية بالعين التي سقطت عن المالية والملكية يكون للمالك قبل أخذ البدل من الضامن ، وأمّا بعد أخذ البدل فينتقل الحقّ إلى الضامن بناءً على ما سبق من كون البدل عوضاً عن نفس العين بعد إغماض المالك

---

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١ : ٤٤٥ .

عن الخصوصيات ، خلافاً لظاهر الشيخ (قدّس سرّه)[١].

الجهة الثالثة : أنّ الخل بعد صيرورته خمراً لو صار خلاً فهل يجب على الضامن زائداً على ردّ الخلّ غرامة نقصانه وتعيّبه قبل ذلك أم لا ؟ الظاهر كما ذكرنا سابقاً أنّ مقتضى على اليد ردّ العين بتمامها وقد أدّاها ، فلا وجه لضمان نقصان القيمة أو خروجه عن الملكية في زمان .

بقي الفرع السابع من فروع بدل الحيلولة : وهو أنّ البدل لو أعطاه الضامن ثمّ زال التعذّر ووجد العين فهل يكون المالك بمجرد طروّ التمكّن من العين ممنوع التصرف في البدل أم يبقى في ملكه وله التصرف إلى أن يسلّط على ماله ؟ ذهب الشيخ (قدّس سرّه)[٢] في المقام إلى أنّ البدل ملك للمالك وله التصرف فيه حتّى يرد الضامن ماله .

والإنصاف أنّه لا يمكن الجمع بين كلمات الشيخ (قدّس سرّه) حيث إنّه بناءً على مسلكه من أنّ البدل إنّما يكون عوضاً عن السلطنة الفائتة جمعاً بين الحقّين لا أنّه عوض عن نفس العين ، إذا زال التعذّر خرج البدل عن ملك المالك ولا يجوز له التصرّف ، لأنّه كان بدلاً عن السلطنة الفائتة وقد حصلت ، مع أنّه يفتي بعدم خروج البدل عن ملك المالك بمجرد طروّ التمكّن ، وأمّا على ما سلكناه من أنّ البدل بدل عن العين فقد برئت ذمّة الضامن بأداء البدل وانقطع ملكه عن البدل كما انقطع ملك المالك عن العين ، فليس له حقّ مطالبة العين ، هذا .

وقد تحصّل من جميع ما ذكرنا إلى هنا : أنّ بدل الحيلولة لا دليل عليه إلّا أن يقوم إجماع تعبّدي عليه فيعمل به في مورده ، هذا تمام الكلام في المقبوض بالعقد

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٥٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ٢٦٨ .

الفاسد .

شرائط المتعاقدين

المشهور بين الأصحاب بطلان عقد الصبي بل ادّعي الإجماع عليه كما عن الغنية[١] فلابدّ لنا من التكلّم في أفعال الصبي ، لأنّ فعله تارةً يكون من أُصول الدين وأُخرى من فروعه . والثاني تارة لا يحتاج إلى القصد وأُخرى يحتاج إليه والثالث تارة يكون في العبادات وأُخرى في المعاملات .

أمّا الأوّل فكالإسلام فربما يقال بأنّ إسلامه ككفره في حكم العدم ، ولا أثر لهما ، إلّا أنّه خرج منه إسلام علي بن أبي طالب (عليه السلام) هذا .

ولكنّه لا يمكن المساعدة على ذلك ، لأنّ الإسلام والكفر من الأُمور الواقعية يثبتان بتحقّق موضوعهما ، فلو أقرّ الصبي بالإسلام فهو مسلم حقيقة ويترتّب عليه آثار الإسلام ، ولا ريب أنّ الاطلاقات المتوجّهة إلى المسلمين شاملة للصبي أيضاً إلّا ما ارتفع عنه بحديث رفع القلم مثل وجوب قتل المرتدّ الفطري وحبس المرتدّة في أوقات الصلاة حتّى تتوب ونحوهما ، وإنّما حكمنا بنجاسة صبيان اليهود والنصارى من أجل ذلك ، وهو شمول الاطلاقات لهم ، إذ لا دليل للتبعية ، فحينئذ يكون إسلام علي (عليه السلام) على وفق القاعدة ومشمولاً للأدلّة لا من خواصه وعلى خلاف القاعدة .

وأمّا ما يرجع إلى فروع الدين ولا يحتاج إلى القصد فكالطهارة والنجاسة وصيرورته محدثاً بالنوم والبول ومحكوماً بالجنابة بالجماع والدخول ، فلا ريب أنّ سبب الحدث إذا تحقّق فيه يصير محكوماً بالمحدثية ، لاطلاق من جامع يجب عليه

(١) الغنية : ٢١٠ .

الغسل[١] المستفاد من الأدلّة ، غاية الأمر لا يكلّف برفع الحدث في زمان الصباوة حتّى يبلغ فيجب عليه الغسل لما في طهارة الوسائل عن الخصال مسنداً عن ابن ظبيان قال « أُتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال (عليه السلام) أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتّى يحتلم وعن المجنون حتّى يفيق وعن النائم حتّى يستيقظ »[٢] حيث تدلّ على أنّ الصبي ليس بمكلّف .

وأمّا ما يصدر عن الصبي ممّا يعتبر فيه القصد فما كان من العبادات المستحبّة فيكون الصبي مشمولاً لاطلاق أدلّتها مثل قوله « من زار الحسين (عليه السلام) عارفاً بحقّه كمن زار الله تعالى في عرشه »[٣]. ولا ترتفع بحديث رفع القلم ، لوروده في مقام الامتنان ، فلا يرتفع به إلّا ما كان في رفعه امتناناً ويكون ثبوته كلفة والاستحباب ليس كذلك .

وأمّا الواجبات فأدلّتها في نفسها مطلقة أيضاً بالاضافة إلى غير البالغين ولذا ذكروا أنّ المرفوع بحديث رفع القلم بالاضافة إلى الصبي هو خصوص الالزام وأمّا أصل المطلوبية فهو باقٍ على حاله .

ولكن فيه : أنّ الوضع الواحد للحكم إمّا يكون إلزامياً بالاضافة إلى جميع أفراد موضوعه وإمّا يكون ترخيصياً كذلك ، وأمّا أن يكون إلزامياً بالنسبة إلى بعض أفراد موضوعه وترخيصياً بالنسبة إلى البعض الآخر فغير ممكن ، وعليه فمقتضى حديث رفع القلم خروج الصبي عن أدلّة الواجبات بالكلّية فلا يستفاد منها أصل المشروعية أيضاً .

---

(١) راجع الوسائل ٢ : ١٨٢ / أبواب الجنابة ب٦ .

(٢) الوسائل ١ : ٤٥ / أبواب مقدّمة العبادات ب٤ ح١١ .

(٣) كامل الزيارات : ١٤٩ ، بحار الأنوار ١٠١ : ٧٧ .

فلابدّ لمشروعية عبادات الصبي من التماس دليل آخر وهو ما في صلاة الوسائل عن الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) عن أبيه « قال : إنّا نأمر صبياننا بالصلاة إذا كانوا بني خمس سنين فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بني سبع سنين »(١) حيث إنّ الأمر بالأمر أمر ، ففي الحقيقة يكون الصبي مأموراً بأمر الشارع ، وبعد ضمّ حديث رفع القلم إلى ذلك ورفع الالزام تثبت المطلوبية وبضميمة عدم القول بالفصل بين الصلاة وغيرها من العبادات تثبت المطلوبية في الجميع .

وأما معاملات الصبي فتارةً يقع الكلام في تصرّف الصبي بنحو الاستقلال في مال نفسه أو وليّه أو الغير وأُخرى في تصرّفه بنحو الآلة للغير .

أمّا تصرّفه في مال نفسه بنحو الاستقلال فلا ريب في عدم نفوذه ولا يترتّب عليه الأثر ، وذلك لقوله تعالى **﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾**(٢) وتقريبه أنّ الله سبحانه علّق جواز تصرف الصبي في أمواله على أمرين : الأوّل بلوغ النكاح الذي هو كناية عن البلوغ . والثاني : إيناس الرشد ، فلا يجوز له التصرف قبل البلوغ والرشد أي لا ينفذ معاملته .

وأمّا دعوى أبي حنيفة(٣) من أنّ المناط حصول الرشد فهو خلاف الظاهر وإلّا لزم أن يكون تحديده ببلوغ النكاح لغواً ، وأمّا وجه لزوم الابتلاء قبل البلوغ مع عدم وجوب دفع المال إلّا بعده فواضح ، لأنّه لو كان ظرف الابتلاء بعد البلوغ

---

(١) الوسائل ٤ : ١٩ / أبواب أعداد الفرائض ب٣ ح٥ .

(٢) النساء ٤ : ٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٥ ، الفقه على المذاهب الأربعة ٢ : ٣٦٣ ، التفسير الكبير ٩ : ١٨٧ .

لزم منعه عن ماله في برهة من الزمان حتّى يتمّ الابتلاء وهو لا يجوز .

ثمّ إنّ الآية الشريفة وإن كانت مختصّة بتصرّف اليتيم في أموال نفسه ولا تعمّ تصرّفه في مال غيره ، إلّا أنّ تصرّفه في مال الغير بنحو الاستقلال كالوكلاء المفوّض إليهم الأمر غير نافذ أيضاً للأولوية أو لعدم القول بالفصل بين التصرف في ماله ومال الآخر . مضافاً إلى الروايات الواردة في المقام كما ورد في مقدّمة عبادات المستدرك عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال « سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ فقال : حين يبلغ أشدّه ، قلت : وما أشدّه ؟ قال : الاحتلام ، قلت : قد يكون الغلام ابن ثماني عشر سنة لا يحتلم أو أقلّ أو أكثر ، قال : إذا بلغ ثلاث عشر سنة كتب له الحسن وكتب عليه السيّء وجاز أمره إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً »(١) حيث إنّ الرواية دلّت باطلاقها على أنّ كلّ ما يصدق عليه أمره من بيع أو صلح أو إجارة لا ينفذ قبل البلوغ ، سواء كان في مال نفسه أو مال غيره .

وأمّا تصرّف الصبي في مال نفسه أو مال الغير لا بالاستقلال بل بأن يكون بمنزلة الآلة في إنشاء الصيغة فقط أو في المعاطاة الخارجية ، فلا دليل على عدم جواز مثل هذا التصرف .

أمّا الرواية فظاهر ، لأنّ المراد بالأمر فيها بقرينة إسناد الجواز ما يكون قابلاً للمضي ، وليس هو إلّا البيع ونحوه ، ولا يشمل إجراء الصيغة ، والبيع في الفرض ليس أمراً للصبي ، بل أمر غيره من الولي والمالك .

وأمّا الآية فدلالتها أيضاً غير تامّة ، فإنّها في مقام بيان أنّ جواز دفع أمواله

---

(١) المستدرك ١ : ٨٨ / أبواب مقدّمة العبادات ب٤ ح١٢ . ورواها في الوسائل ١٨ : ٤١٢ / كتاب الحجر ب٢ ح٥ .

واستقلاله في التصرف إنّما يكون بعد البلوغ والرشد ، وأمّا لغوية عبارته فلا تدلّ عليها .

وأمّا قوله (عليه السلام) « رفع القلم عن الصبي حتّى يحتلم »(١) فلا ريب أنّ معناه ليس رفع المؤاخذة كما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه)(٢) لأنّ الرفع لابدّ أن يتعلّق بما يكون أمر رفعه ووضعه بيد الشارع ابتداءً وهي الأحكام ، بل معناه رفع الالزام أي كلّ حكم يكون فيه إلزام فهو مرفوع عنه ولا يلزم بشيء ، فليس فيه دلالة على رفع الأحكام عن البالغين لكون الصبي آلة .

فتحصّل إلى هنا عدم دلالة الأدلّة المتقدّمة على عدم العبرة بانشاء الصبي .

بقي في المقام الروايات المتضمّنة لكون عمد الصبي خطأ وهي ثلاث طوائف :

الأُولى : ما ورد فيها ذلك مطلقاً من غير تقييد بشيء ، وهي ما رواه محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : عمد الصبي وخطؤه واحد »(٣). وهذه مطلقة تشمل الجنايات وغيرها .

والثانية : ما ورد فيها ذلك مقيّداً بحمل العاقلة المقتضي لاختصاصها بباب الجنايات ، وهي رواية إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) « أنّ علياً (عليه السلام) كان يقول : عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة »(٤).

والثالثة : ما اقترن فيها ذلك بالتقييد بحمل العاقلة ورفع القلم ، وهي ما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) « أنّه كان يقول : في المجنون

---

(١) الوسائل ١ : ٤٥ / أبواب مقدّمة العبادات ب٤ ح١١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٢٧٨ .

(٣) الوسائل ٢٩ : ٤٠٠ / أبواب العاقلة ب١١ ح٢ .

(٤) الوسائل ٢٩ : ٤٠٠ / أبواب العاقلة ب١١ ح٣ .

والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم »[١].

ثمّ إنّ حمل المطلق على المقيّد غير جارٍ فيها بعد كونهما مثبتين ، لأنّه لا منافاة بين كون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في باب الجنايات وكونه كذلك في سائر الأبواب أيضاً ، ولكن نقطع بأنّ الاطلاق ليس بمراد من الرواية الأُولى لوجهين : وجود المانع وعدم المقتضي .

أمّا وجود المانع فهو أنّه لو كانت هذه القضية عامّة في جميع الموارد يلزم صحّة صلاة الصبي وصومه لو صلّى إلى غير جهة القبلة عمداً أو أفطر عمداً في أثناء صوم شهر رمضان أو لم يأت بغير الأركان في الصلاة عمداً وقس على ذلك ، وذلك كلّه من جهة أنّ عمده خطأ ، مع أنّه لم يلتزم فقيه بصحّة هذه الأعمال ، وأمّا عدم المقتضي فلأنّ ظاهر قوله (عليه السلام) « عمده وخطؤه واحد » أنّه لابدّ أن يكون للعمد أثر وللخطأ أثر ، فيقال لو صدر عنه الفعل في حال العمد يترتّب عليه أثر الخطأ وهو منحصر في باب الجنايات ، لأنّ القتل على ثلاثة أقسام : إمّا عمدي وأثره القصاص ، أو خطأ وأثره ثبوت الدية على العاقلة ، أو شبه العمد وأثره ثبوت الدية على الجاني ، فنقول في الصبي لو قتل عمداً يترتّب عليه حكم الخطأ ، وأمّا ما لا يكون لخطائه أثر كالبيع فإنّ العمدي من البيع يترتّب عليه الأثر وأمّا البيع الخطائي فلا ، لأنّ فساده من جهة عدم العقد الصحيح لا من أجل العقد الخطائي فحينئذ لا تشمله الرواية ، ولو سلّمنا وجود مورد في الفقه في غير باب الجنايات يكون فيه للخطأ من الفعل أثر أيضاً كإتيان الزيادة في الصلاة عمداً أو سهواً فإنّه يؤثّر في البطلان في الأوّل ولزوم سجدة السهو في الثاني أو في بعض موجبات الكفّارة في

(١) الوسائل ٢٩ : ٩٠ / أبواب القصاص في النفس ب٣٦ ح٢ .

الحجّ لا يكون مشمولاً للحديث أيضاً ، لأنّ التكليف فيها متوجّه إلى فاعل الفعل الخطئي ، وقد عرفت أنّ التكليف مرفوع عن الصبي بحديث رفع القلم ، فبعد ضمّ حديث رفع القلم إلى تلك الروايات أعني روايات عمد الصبي خطأ ينحصر موردها فيما إذا كان الفعل الخطئي موضوعاً لتكليف متوجّه إلى غير الفاعل من البالغين ، وهو مختصّ بباب الجنايات .

فتحصّل : أنّ شيئاً من حديث أمر اليتيم وحديث رفع القلم وغيرهما لا يدلّ على سلب عبارته ، كما أنّ عدم نفوذ تصرّفه لا ينافي ترتّب الأثر عليه بعد بلوغه ولذا نقول : بأنّ الصبي لو أتلف مال الغير وإن لم يكن ملزماً بالتدارك في زمان الصباوة لحديث الرفع ، إلّا أنّه يلزم بالضمان بعد البلوغ لشمول من أتلف له .

بقي الكلام في استدلال الشيخ (قدّس سرّه)[1] برواية أبي البختري على إلغاء عبارة الصبي وتقريبه : أنّ قوله (عليه السلام) في ذيل الرواية « وقد رفع عنهما القلم » لا يرتبط بسابقه إلّا بأن يكون علّة لقوله (عليه السلام) « تحمله العاقلة » أو معلولاً لقوله (عليه السلام) « عمده خطأ » بمعنى أنّ الصبي بما أنّه غير ملزم يكون دية جنايته على عاقلته ، أو بما أنّ عمده خطأ عند الشارع قد رفع عنه الالزام ، ومقتضى عموم رفع الالزام عن الصبي أن يكون مسلوب العبارة أيضاً لا مجرد نفي الأثر عن صورة استقلاله وإلّا لزم تقييد الرفع بصورة الاستقلال في التصرف ، والمفروض أنّ رفع القلم يعمّ صورة عدم الاستقلال ، هذا ملخّص استدلاله على إلغاء سلب عبارة الصبي .

وفيه : أنّ رفع القلم لا يكون علّة لاثبات الدية على العاقلة ، لأنّ نفي الحكم عن الصبي كيف يكون علّة لاثبات الحكم على الآخر ، إذ لا يرتبط أحدهما بالآخر

---

(١) المكاسب ٣ : ٢٨٢ .

ولا ملازمة بين ارتفاع القلم عن الصبي وثبوت الدية على عاقلته فضلاً عن العلّية إذ يمكن ارتفاع الدية رأساً ، وعلى فرض ثبوت الدية من جهة عدم ذهاب دم المسلم هدراً ، يمكن أن تكون ثابتة على بيت المال أو على جميع المسلمين لا خصوص العاقلة .

وعلى أيّ حال لا يصحّ جعل رفع القلم عن الصبي في الرواية علّة لثبوت الدية على العاقلة كما لا يصحّ جعله معلولاً لكون عمده خطأ ، لأنّ قوله (عليه السلام) « عمدهما خطأ » تنزيل بلسان الحكومة أي توسعة في موضوع الخطأ حتّى يشمل عمد الصبي أيضاً ويكون معنى التنزيل نفي حكم المنزّل عنه وإثبات حكم المنزل عليه ، كقوله لا شكّ لكثير الشكّ بمعنى أنّ آثار الشك منتفية وآثار القطع ثابتة له فمعنى « عمده خطأ » أن يثبت الدية وهو حكم الخطأ ويرفع حكم العمد وهو القصاص وهذا معنى رفع القلم ، فيكون رفع القلم مقوّماً ومتمّماً لمعنى التنزيل ومبيّناً لكون عمده خطأ لا معلولاً له ، فلا يمكن استفادة سلب عبارته من هذه الرواية ، فلابدّ أن تختصّ بباب الجنايات .

وعلى تقدير تسليم أنّ معنى رفع القلم في هذه الرواية رفع مطلق الالزام والالتزام عن الصبي سواء كان بنحو الاستقلال أو بإذن الولي كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) فلا دلالة فيها على سلب عبارة الصبي ، إذ لا منافاة بين رفع الالزام وعدم كون عبارته مسلوبة الأثر .

ثمّ إنّه يقع الكلام في سائر الأفعال التي تصدر عن الصبي ، منها مسألة الاتلاف وأنّه إذا أتلف شيئاً هل يكون ضامناً أم لا ؟ فنقول : أمّا قوله (عليه السلام) « عمده وخطؤه واحد » فلا ريب في خروج الاتلاف عنه تخصّصاً ، لأنّ الاتلاف لا يتوقّف على القصد ولا يكون من الأفعال القصدية حتّى يرفع أثره بالرواية . وأمّا رواية عدم جواز أمر اليتيم فلا تشمله أيضاً ، لعدم صدق أمر اليتيم على إتلافه

خصوصاً بعد إسناد عدم الجواز إليه .

وأمّا حديث رفع القلم فهو أيضاً غير رافع للضمان عنه ، لأنّ مقتضى الحديث رفع الالزامات الدنيوية والأُخروية عن الصبي ، والضمان ليس منها ، نعم هو يوجب وجوب الأداء بعد البلوغ من جهة الاتلاف الذي صدر منه قبل البلوغ ، للقاعدة المسلّمة بينهم من أنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن ، نظير الجنابة الحاصلة قبل البلوغ حيث لا إلزام عليه بالاغتسال قبله إلّا أنّه يلزم به بعد البلوغ فيما يشترط فيه الطهارة لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا﴾(١).

ومنها : مسألة التعزير وأنّه هل يعزّر الصبي أم لا ؟ فإن قلنا إنّ المراد من حديث رفع القلم عن الصبي ومن قوله (عليه السلام) « عمده خطأ » أنّ الآثار الثابتة للبالغين في عمدهم ليست ثابتة للصبي كما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه)(٢) فلا مانع من ثبوت التعزير له ، وخروجه عن تلك الأحكام يكون بنحو التخصّص ، إذ لا يكون التعزير ثابتاً للبالغين حتّى يرفع في ناحية الصبي ، فلا مانع من تعزير الصبي بحسب مصلحة الحاكم . وأمّا لو كان المراد رفع مطلق الآثار الالزامية فيكون التعزير ثابتاً للصبي بعنوان التخصيص في تلك الأدلة كما أُمر في الشريعة بضرب الصبيان للصلاة ، وهذا تخصيص لأدلة رفع مطلق الالزام عنهم ، فيثبت لهم التعزير حسب ما يراه الحاكم الشرعي من المصالح .

ومنها : ما لو حاز شيئاً أو سبق إلى شيء لم يسبق إليه غيره كاصطياد سمكة من البحر أو وجد لقطة دون الدرهم أو شاة في البرّ فهل يملك أو لا ، لأنّ عمده خطأ ؟ فنقول : إنّ إثبات عدم الملك في تلك الموارد للصبي متوقّف على إثبات

---

(١) المائدة ٥ : ٦ .

(٢) المكاسب ٣ : ٢٨٢ .

أمرين :

الأوّل : اعتبار قصد التملّك في حصول الملكية ، وبما أنّ قصده كلا قصد لا يملك . وفيه : أنّ الأدلة مطلقة كقوله (عليه السلام) « من سبق إلى مكان فهو أحق به »(١) أو « من أحيى أرضاً ميتة فهي له »(٢) إذ ليس فيها اعتبار القصد .

والثاني : إثبات أنّ قصده كلا قصد . وهو ممنوع أيضاً ، لأنّ المراد من قوله « عمده وخطؤه واحد » أنّ ما كان من افعال البالغين لعمده أثر ولخطئه أثر آخر ينزّل عمد الصبي فيه منزلة الخطأ ويترتّب أحكام المنزل عليه على المنزل بعد رفع أثر المنزّل ، وهو مختص بباب الجنايات فلا يكون معناه أنّ قصده كلا قصد .

فقد تحصّل من جميع ما ذكرنا : أنّ شيئاً من معاملات الصبي لا ينفذ إلّا خصوص الوصية ، حيث ورد النصّ بصحّتها كما سيأتي .

وأمّا ما كان خارجاً عن العقود والايقاعات كالقبض والقصد في الحيازات بناءً على اعتباره فهو صحيح ونافذ من الصبي ، فلو أقبض شخص الصبي شيئاً يكون قبضه نافذاً ويترتّب عليه الأثر ، لأنّ عمدة الدليل على عدم نفوذ الأمر من الغلام هو قوله : متى يجوز أمر اليتيم ؟ قال (عليه السلام) إذا بلغ أشدّه(٣) وهو مختصّ بما يصدق عليه أمر اليتيم وهي العقود والايقاعات .

---

(١) الوسائل ٥ : ٢٧٨ / أبواب أحكام المسجد ب٥٦ ح١ و٢ (مع اختلاف يسير) .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١٣ / كتاب إحياء الموات ب٢ ح١ (مع اختلاف يسير) .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤١٢ / كتاب الحجر ب٢ ح٥ (مع اختلاف) .

قوله (رحمه الله) **: ووصيته وايصال الهدية وإذنه في الدخول[١] .**

قوله (رحمه الله) **: بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة[٢] .**

---

(١)* أمّا الوصية من الصبي البالغ عشر سنين فمنصوص عليها[١] وأمّا إيصال الهدية وإذنه في الدخول فلم نعرف وجهاً لاستثنائهما لعدم دخولهما في المستثنى منه ، فانّه تصرّفات الصبي التي تكون موضوعاً لأثر شرعي وليس شيء من الأمرين كذلك . أمّا إيصال الهدية فلعدم كونه مقوّماً لعقد الهبة ولذا يمكن تحققه بواسطة حيوان ونحوه . وأمّا الاذن في الدخول إلى دار الغير فليس في نفسه موضوعاً لجواز الدخول ، فان حصل منه الاطمئنان برضى المالك كما هو الغالب فهو المعتبر وإلّا فلا يجوز التصرف في مال الغير سواء كان الآذن بالغاً أو صبياً ، فلا معنى لاستثنائهما بعد عدم دخولهما في مورد البحث .

(٢) استدلّ على التفصيل بين الأُمور الحقيرة وغيرها بقيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي في الأُولى ، وبقوله (عليه السلام) « نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن

(*) [من هنا إلى ص٣٩٨ لم يوجد في مخطوطة المؤلّف نقلناها من محاضرات في الفقه الجعفري مع تصحيح وتحقيق منّا] .

(١) روي عن أبي بصير عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : « إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته » وعن منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : « سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته » وعن عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : « إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أُكلت ذبيحته وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته » وعن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : « إذا أتى على الغلام عشر سنين فانّه يجوز له في ماله ما أعتق أو ما تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحق فهو جائز » [الوسائل ١٩ : ٣٦١ ـ ٣٦٣ / كتاب الوصايا ب٤٤ ح٢ ، ٧ ، ٥ ، ٤] .

كسب الصبي ما لم يحسن صنعة بيده معلّلاً بأنّه إن لم يجد سرق »[١] بدعوى ظهور التعليل بالأمر العرضي في ذلك ، فانّ عقد الصبي لو لم يكن نافذاً كان الأنسب أن يعلّل النهي به .

ولكن الظاهر عدم دلالة شيء منهما . أمّا السيرة فان كان المدّعى قيامها على نفوذ معاملة الصبي فيما إذا كان آلة لاجراء العقد أو القبض فهو وإن كان حقاً كما عرفت إلّا أنّه غير مختص بالأشياء اليسيرة ، فانّا بيّنا في المعاطاة عدم توقفها على الأخذ والاعطاء أصلاً على ما هو المتعارف كما في دخول الحمّام ووضع الثمن في دخل الحمّامي ، ولا يقلّ قبض الصبي عن عدمه ولا عن دخل الحمّامي .

وبالجملة : ما عليه السيرة من نصب الصبي على الدكان إنّما هو من جهة أن لا يسرق أحد من الدكان شيئاً لا من جهة المعاملة معه مستقلاً فانّه بمنزلة كوز الحمامي . نعم فيما إذا كان القبض مقوّماً للعقد كما في الهبة لا اعتبار بقبض الصبي ، لا بما أنّه قبض بل من حيث كونه التزاماً مقوّماً لقبول العقد وهو مرفوع عن الصبي .

وإن كان المدّعى قيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي مطلقاً فهو ممنوع من المتديّنين . وأمّا الاستدلال بالخبر فهو مضافاً إلى ضعفه بالسكوني ، أنّ المراد بالكسب إن كان معناه المصدري فلا محالة يكون النهي تنزيهيّاً متوجّهاً إلى أولياء الصبي للحكمة المذكورة فيه وعليه فهو أجنبي عن المقام ، وإن كان المراد به المكسوب فالمنهي عنه هو أخذ مطلق ما يحصل في يد الصبي نظير النهي عن كسب الاماء معلّلاً بأنهنّ إن لم يجدن زنين[٢].

(١) الوسائل ١٧ : ١٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب٣٣ ح١ .

(٢) نفس المصدر السابق .

قوله (رحمه الله) **: قصدهما لمدلول العقد**(١).

قوله (رحمه الله) **: بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره**(٢).

قصد المتعاقدين اللفظ والمعنى

(١) الكلام في المسألة يقع من جهات : الأُولى : اعتبار قصد اللفظ والمعنى وهذا هو المعروف ، فلابدّ أن يقصد كل من المتبايعين اللفظ بأن لا يكون صدوره منه لسبق اللسان ونحوه ، كما أنه لابدّ من قصدهما المعنى وهو إبراز اعتبار المبادلة بين المالين ، فاذا قصد اللفظ ولم يقصد المعنى كما في الهازل أو من كان في مقام عدّ الصيغ فقال بعت ، فانه لا يتحقق به البيع . وبعبارة أُخرى قد تقدم أنّ البيع متقوّم بأمرين الاعتبار النفساني وابرازه خارجاً ، فلابدّ في تحققه من ثبوت كلا الأمرين ، فقصد اللفظ والمعنى من مقوّمات البيع فلا يصح التعبير عنه بشرط العقد أو المتعاقدين فانّ الشرط إنما يطلق على الأمر الخارج عن حقيقة المشروط .

(٢) ذكر الشهيد في المسالك(١) أنّهما قاصدان للفظ دون المعنى . ونقول أمّا المكره فهو بحسب الغالب قاصد للمعنى كما أنه قاصد للفظ إلّا إذا كان ملتفتاً فيجري العقد بنحو التورية ولا يقصد معناه ، فالاكراه غير مستلزم لعدم قصد المعنى ، كما أنّ الاكراه على الأُمور الخارجية من الأكل والضرب ونحوهما لا يستلزم عدم قصد حقيقتها ، فما يكون عقد المكره فاقداً له ليس إلّا طيب النفس ولذا ينفذ إذا لحقه ، ولو لم يكن المكره قاصداً للمعنى فحقيقة البيع لا تكون متحققة فكيف ينفذ بلحوق طيب النفس به الذي هو ممّا اتّفقت عليه آراء الخاصّة في قبال العامة(٢).

---

(١) المسالك ٣ : ١٥٦ .

(٢) الحنفية وافقوا الخاصّة بصحّته مع الاجازة اللاحقة وهذه نصوصهم في كتبهم الفقهية قال ⇐

وأمّا الفضولي فهو أيضاً قاصد للفظ والمعنى معاً لطيب نفسه ولذا ينفذ بيعه

⇐ الكاشاني الحنفي في بدائع الصنائع ج٧ ص١٨٦ كتاب الاكراه :
الاكراه يوجب فساد البيع لفقده الرضا ويزول الاكراه باجازته ورضاه . وقال في ص١٨٨ إذا كان البائع والمشتري مكرهين جميعاً على البيع والشراء فلكل منهما خيار الفسخ والاجازة لأنّ البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم ، فان أجازا جميعاً جاز وان أجاز أحدهما دون الآخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حقّ صاحبه . وفي المبسوط للسرخسي الحنفي ج٢٤ ص٩٣ كتاب الاكراه باب الاكراه على البيع : إذا أكرهه على بيع عبده الذي يساوي عشرة آلاف درهم من هذا الرجل بألف درهم ففعل وقبض الثمن ولمّا تفرقوا من المجلس قال البائع : أجزت البيع كان جائزاً ، لأن الاكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع فقد وجد ما به ينعقد البيع من الايجاب والقبول من أهله في محل قابل له ، ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا أجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به ، فاذا أجاز بيعاً باشره غيره نفذ باجازته ، فاذا أجاز بيعاً باشره هو بنفسه فهو أولى به ، انتهى . وحكى عن الحنفية في الفقه على المذاهب الأربعة ج٢ ص١٦١ مثل ذلك .
نعم عند الحنابلة والمالكية والشافعية بطلان بيع المكره وعدم تأثير لحوق الاجازة فيه ففي الفروع لابن مفلح الحنبلي ٤ : ٣ ونيل المآرب لعبدالقادر الشيباني الحنبلي ج١ ص٨٣ في البيع شرطه الرضا فلا يصح بيع المكره بغير حقّ . وفي المدوّنة لمالك ٣ : ٢٠٩ باب العتق قال مالك : لا يجوز على المستكره شيء من بيع وعتق ونكاح ووصية وصلح سواء أكرهه السلطان أو غيره . وفي مختصر أبي الضياء في فقه مالك ج٥ ص٨ لا يلزم في الجبر على البيع إجماعاً ولا على سببه على المذهب لقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وقوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفس » .
وفي المهذّب لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي ٣ : ١٠ والمنهاج للنووي ص٩٤ وشرحه تحفة المحتاج لابن حجر ٢ : ٨٨ كتاب البيع لا يصح عقد المكره في ماله بغير حق لعدم الرضا واستدلّ له في المهذّب بقوله (عليه السلام) : « إنّما البيع عن تراضٍ » فدلّ على أنّه لا بيع عن غير تراضٍ .
وبذلك نقل فتواهم في الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ : ١٦١ ـ ١٦٣ .

قوله (رحمه الله) : هل يعتبر تعيين المالكين(١).

بلحوق الاجازة ، فانّ عقده لا يفقد عدا شرط من شروط صحته وهو رضا المالك وإجازته فاذا تحقق ترتّب عليه الأثر لا محالة ، فلا معنى للقول بأنّ الفضولي غير قاصد للمعنى .

وأمّا ما يتوهّم من عدم قصدهما للامضاء الشرعي لعلمهما بعدم ترتبه على العقد الصادر منهما ففيه أوّلاً : أنّ المكره كثيراً ما يتخيّل ترتّب الأثر شرعاً على بيعه الصادر عن إكراه ولذا يكره إنشاءه ، نعم قد يكون عارفاً بالحكم الشرعي ولكن عدم قصد الامضاء الشرعي غير ملازم للاكراه ، بل قد يتحقق ذلك في غير مورد الاكراه كما إذا اعتقد الأب جريان الربا بين الوالد والولد فأوقع المعاملة الربوية مع ولده لا بقصد الامضاء الشرعي ، وهكذا في بيع الفضولي فانه قد يقصد الامضاء الشرعي بزعمه أنه مالك للمبيع لشبهة موضوعية أو حكمية مثل ما إذا تخيّل عدم اختصاص الحبوة بالولد الأكبر فباع غيره حصّته منها ، فانّ البيع فضولي مع قصد الامضاء الشرعي .

وثانياً : نفرض عدم كون المكره والفضولي قاصدين للبيع الممضى شرعاً إلّا أنّه أيّ أثر يترتّب على ذلك ، مع أنّه لا دليل على اعتباره أصلاً كما أنّه ليس مقوّماً لحقيقة البيع . فتلخّص أنّ بيع المكره والفضولي لا يفقد سوى طيب النفس في الأوّل ورضى المالك في الثاني ، والشاهد عليه نفوذه بلحوق الاجازة وطيب النفس .

(١) هذه الجهة الثانية وهي اعتبار قصد من يقع عنه البيع وتعيينه ، سواء كان عن نفسه أو غيره ، ثمّ على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري أم لا ؟ وهكذا من طرف المشتري فيقال هل يلزم تعيين من يقع الشراء له وقصده وتعريف البائع به ؟ وتفصيل الكلام فيه تارةً في البيع الشخصي وأُخرى في البيع الكلّي .

أمّا البيع الشخصي فتعيّن المالك فيه ثبوتاً يغني عن تعيينه إثباتاً بالقصد أو باللفظ . وبعبارة أُخرى : اعتبار شيء في البيع لابدّ وأن يكون لأحد أمرين إمّا لدخالته في ماهيته وتقوّمها به ، وإمّا لقيام الدليل على اعتباره ، والمفروض فقدان كلا الأمرين في المقام ، فلا يقاس هذا بالنكاح الذي يعتبر فيه تعيين الزوجين لكونهما ركناً فيه ، بخلاف البيع فانّه بمعنى المبادلة بين المالين وليس للمالكين دخل في حقيقته أصلاً ليلزم تعيينه .

ثمّ لو فرضنا قصد البيع أو الشراء لغير المالك فهل يصح أو لا ؟ فيه تفصيل ويتصوّر بحسب مقام الثبوت على صور ثلاثة :

الأُولى : أن يقصدا حقيقة البيع أعني انتقال الثمن إلى مالك المثمن وبالعكس غاية الأمر يجعل فائدة البيع لشخص ثالث ، وهذا متعارف ، مثلاً يعطي أحد البزازين دراهم ليقطع ثوباً إلى ولده أو خادمه ، أو يعطي الثمن للخبّاز ويقول له أعط زيداً خبزاً .

الثانية : أن يقصدا حقيقة البيع ويقصدا نقضه أيضاً . وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع ويحصل النقل والانتقال ، وقصد رجوع الفائدة إلى الغير أو قصد النقض لا أثر له بعد ذلك أصلاً فتأمّل .

الثالثة : أن لا يكونا قاصدين للمبادلة أعني دخول الثمن في كيس من خرج المثمن منه وبالعكس ، بل يقصد دخوله في ملك شخص آخر ، وفي هذه الصورة يكون البيع فاسداً ، هذا كلّه في مرحلة الثبوت .

وأمّا مرحلة الاثبات فاذا ذكر ذلك في اللفظ بأن قال : بعتك ثوبي بدراهم عمرو لا يترتّب عليه الأثر ، لأنّه من قبيل الكلام المحتف بما يصلح للقرينية فلا يكون مبرزاً لحقيقة البيع .

وأمّا إذا كان الثمن والمثمن كلّياً فلا مناص من تعيين من يقع البيع عنه أو

يكون الشراء له ، لا من جهة اعتباره في نفسه بل لأنّ الكلّي لا يكون مالاً قابلاً للمملوكية ما لم يضف إلى ذمّة معيّنة ، فوقوع البيع عليه متوقف على ذلك .

ومن هنا يظهر أنّ قياس المقام ببيع أحد عبديه أو طلاق إحدى زوجتيه مع الفارق ، فانّ البيع أو الطلاق في المثالين إنّما يتعلّق بالموجود الخارجي بالغاء الخصوصيات الشخصية كما في بيع صاع من صبرة فانّ المبيع فيه ليس الكلّي الطبيعي وقد اشترط أداؤه من الصبرة خارجاً ليوجب تخلّفه الخيار ، بل المبيع هو الموجود الخارجي لكن الخصوصيات الشخصية ليست مورداً للبيع بل هي باقية في ملك البائع ، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله ، فبيع أحد العبدين يكون المبيع فيه خارجياً لا كلّياً .

وحاصل الكلام في اعتبار تعيين البائع والمشتري أنّه قد يكون المبيع والثمن شخصيين وقد يكونان كلّيين ، أمّا إذا كانا شخصيين فالتعيين بقصد البائع والمشتري غير معتبر قطعاً ، لأنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي متحققة بقصد المبادلة بين المالين الشخصيين ولو لم يقصد من يقع البيع له ومن يقع الشراء له ، نعم قد يقصد خلاف ذلك وهو وقوع البيع لغير البائع والشراء لغير المشتري كأن يقول : بعتك هذا ليكون الثمن ملكاً لعمرو ، فهل يحكم في مثل هذا بفساد البيع أو بصحته ولغوية قصد الخلاف ، أو يفصّل بين ما إذا ذكر ذلك في اللفظ فيفسد البيع وبين القصد المجرد فلا يبطل كما ذهب إليه التستري(١)؟ وجوه بل أقوال .

والتحقيق أنّ قصد الخلاف قد يرجع إلى عدم قصد حقيقة البيع والمبادلة بين المالين بل يكون المقصود الهبة فلا بيع حينئذ ليكون صحيحاً أو فاسداً ، والتعبير بفساد البيع مسامحة ، وقد لا يرجع إلى ذلك بأن يكون واقع البيع مقصوداً وهذا

---

(١) مقابس الأنوار : ١١٥ ـ ١١٦ .

يتصوّر على صور :

إحداها : أن يقصد رجوع نتيجة البيع وفائدته إلى شخص آخر .

ثانيتها : أن يكون تمليكاً للغير بعد تحقق البيع ، ومن هذا القبيل شراء الوالد لولده والمولى لعبده ، ولا إشكال في صحته .

ثالثتها : أن يقصد الخلاف من باب الادّعاء وعقد القلب على كون غير المالك مالكاً تشريعاً ، ومن هذا القبيل بيع اللصوص والغاصبين ومن يتوكّل عنهم فـانّه مبني على كون غير المالك مالكاً تنزيلاً .

رابعتها : أن يكون ذلك من باب الخطأ في التطبيق مثل الوكيل عن غيره في بيع أمواله ، فتخيّل أنّ العين الفلانية مملوكة للموكّل فـباعها له ثمّ ظـهر كـونها مـلكاً لشخص آخر ، وفي هاتين الصورتين يتحقّق البيع للمالك غاية الأمر يتوقف نفوذه على إجازته .

وبما ذكرناه ظهر فساد التفصيل ، فان قصد الخلاف إن كان مخلاً بقصد واقع المبادلة بين المالين كان البيع فاسداً ، سواء ذكر في اللفظ أم لم يذكر ، وإلّا فلا يفسد على التقديرين .

ويلحق بالمبيع الشخصي ما إذا كان المبيع أو الثمن كلّياً في ذمّة شخص خاص وقصد البيع أو الشراء لشخص آخر ، فانّه يجري فيه الصور المذكورة ، هذا كلّه في الشخصي .

وأمّا الكلّي فلابدّ من تعيين البائع إذا كان المبيع كلّياً والمشتري إذا كان الثمن كلّياً ، ولا يصح البيع إذا اُضيف إلى واحد غير معيّن كأن يقول : بعتك منّاً من الحنطة في ذمّة أحد هؤلاء ، وعدم الصحة لا من جهة اعتبار التعيين في البيع بل من جهة أنّ الطبيعي لا مالية له إذا لم يضف إلى ذمّة معيّنة فلا يكون قابلاً لوقوع البيع عليه .

ولا يقاس ببيع الكلّي في المعيّن فانّ مالك الشخص يكون مـالكاً للكـلي في

قوله (رحمه الله) : وأمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري[(١)].

ضمنه ، فكما له بيع الشخص له بيع الكلي في ضمنه لأنّه مال حقيقة ، وهذا بخلاف الطبيعي .

كما أنه لا يقاس ذلك بطلاق إحدى زوجتيه أو عتق أحد عبديه ، فانه مضافاً إلى كونهما منصوصين ، أنّ الواجد لزوجية الزوجتين واجد لزوجية الجامع بينهما ومالك العبدين مالك للجامع بينهما ، فله طلاق الجامع بين الزوجتين وعتق أحد العبدين واختيار إحدى الخصوصيتين بعد ذلك .

وهذا بخلاف الطبيعي فانه في مقام الثبوت إذا قصد إضافة الكلي إلى ذمّة معيّنة يكون قابلاً لوقوع البيع عليه وإلّا فلا ، وأمّا في مقام الاثبات إذا باع الكلي من دون إضافة إلى ذمة معيّنة أصلاً يكون هو المطالب به ، لانصراف الاطلاق إلى ذمته ، فيلزم هو به في مقام النزاع والترافع ، وليس هذا تفصيلاً في مقام الثبوت كما تخيّله المحقق النائيني (قدّس سرّه)[(١)] بل هو انصراف في مقام الاثبات والنزاع ولذا يجري في طرف الثمن أيضاً ، وأمّا من حيث الثبوت فصحة البيع واقعاً وعدمها مبتنية على قصد الذمة المعيّنة وعدمه . هذا كلّه في تعيين البائع والمشتري في نفسه .

(١) لابدّ من التكلّم هنا في جهات لم يتكلّم المصنّف (قدّس سرّه) إلّا في بعضها :

الجهة الأُولى : هل يلزم معرفة المشتري من يقع عنه البيع أنّه الموجب أو وكيله ومن هو الموكّل ، وهل يلزم أن يعرف البائع المشتري بمعنى أنّ القابل نفس المشتري أو وكيله أو لا يعتبر سوى تعيين البائع بحسب قصد الموجب والمشتري

---

(١) منية الطالب ١ : ٣٧١ ـ ٣٧٢ .

بحسب قصد القابل ؟ مقتضى إطلاق قوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] وقوله ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٢] هو الثاني ، لعدم قيام دليل على التقييد ، ولا فرق بين العقود التي يكون المتعاقدان فيها ركناً للعقد كالنكاح أو [لا] يكونان ركناً فيه كالبيع ، فيصح أن تزوّج المرأة نفسها لمن قصده القابل سواء كان نفسه أو غيره المعيّن عنده ، وكذا لا مانع من أن يطلب القابل أن يهب المالك ماله لمن قصده سواء كان نفسه أو غيره المعيّن عنده وإن لم يكن معيّناً عند الواهب ، وهكذا في الوصية يوصي بماله لمن قصده القابل سواء كان نفسه أو شخصاً آخر معيّناً عنده ، فانّ من الواضح كون المراد من ركنيّة الطرفين هو تقوّم العقد بهما لا لزوم تعيّن كل منهما عند الآخر .

الجهة الثانية : إذا قصد الموجب الايجاب لشخص المخاطب وقصد القابل القبول لغيره كموكّله فالظاهر فساده ، لأنّه يعتبر في العقد التطابق بين الايجاب والقبول بأن يرد القبول على ما ورد عليه الايجاب ، مثلاً إذا زوّجت المرأة نفسها من الشخص المخاطب وقبل المخاطب التزويج لموكّله فلا يصحّ ، لأنّ ما ورد عليه القبول [غير ما ورد عليه الايجاب] وبالعكس ، وهكذا إذا باع أحد شيئاً بثمن في ذمة شخص المخاطب فقبل بثمن في ذمة موكّله لم يتحقق التطابق بين الايجاب والقبول .

نعم فيما إذا كان الثمن أو المبيع شخصياً وكان عدم التطابق من جهة الخطأ في التطبيق صح العقد ، كما إذا قصد البائع البيع لشخص المشتري بثمن شخصي باعتقاد أنه المالك له وكان المالك في الواقع موكّله صح البيع ، لأنّهما قصدا حقيقته وقصد خصوص المشتري إنّما كان من الخطأ فلا اعتبار به .

الجهة الثالثة : هي التي تكلّم فيها المصنّف (قدّس سرّه) وحاصلها : أنّه إذا لم

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

يعلم أنّ الموجب قصد المخاطب بشخصه في مقام الايجاب أو قصد الأعم من شخصه أو كونه وكيلاً عن الغير، مثلاً إذا قال الموجب : زوّجتك وقال القابل : قبلت لموكّلي فهل يجوز مثل هذا أو لا ؟ فصّل المصنّف (قدّس سرّه) بين العقود وحاصل ما ذكره : أنّ لفظ الخطاب وإن كان ظاهراً في المخاطب بشخصه إلّا أنّه تبدّل ظهوره الأوّلي بظهور ثانوي في بعض العقود كالبيع لقرينة عامّة وهي عدم كون خصوصية البائع والمشتري ملحوظة فيه غالباً ، فقول الموجب بعتك يكون ظاهراً في إيجاب البيع للمخاطب أعم من كونه قابلاً لنفسه أو لموكّله ، نعم في غير البيع من العقود كالاجارة أو الهبة أو النكاح يكون ظهور الخطاب باقياً على حاله ولم يتبدّل بظهور ثانوي .

والتحقيق أنّه تارةً يعلم أنّ الموجب قصد في الايجاب المخاطب بشخصه وحينئذ لا يجوز القبول لموكّله ، وأُخرى يعلم أنّه قصد الأعم من كونه هو القابل لنفسه أو لموكّله وفي هذا يجوز القبول لنفسه أو عن موكّله . وثالثة لم يحرز قصده فلا يجوز القبول إلّا لنفسه لا لموكّله .

وبعبارة أُخرى : لابدّ في صحة القبول عن الموكّل من إحراز كون الايجاب للمخاطب أعم من نفسه أو من موكّله ، وإلّا فلا يصح القبول عن الموكّل ، لأنّ الشبهة مصداقية لا مفهومية ، لأنّ مفهوم البيع واضح مبيّن وهو المبادلة بين المالين والشبهة في كون الايجاب الخاص مع القبول عن الموكّل هل هو مصداق له أم لا فيكون التمسّك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهة المصداقية .

الجهة الرابعة : أنّ الموجب إذا قصد الايجاب لموكّل المخاطب فهل يجوز له الايجاب بلفظ الخطاب ، كأن يقول : بعتك ويقصد البيع لموكّله ، أو يقول : زوّجتك ويقصد التزويج لموكّله ؟ الظاهر عدم صحة ذلك إلّا فيما إذا كان للفظ ظهور عرفي في المنشأ لأنّه يعتبر في العقد أمران : الاعتبار النفساني وإبرازه خارجاً بما هو مبرز له وأمّا ما لا يكون في العرف مبرزاً له كابراز المبادلة بين المالين بلفظ ضربت فلا يصح

قوله (رحمه الله) **: من شرائط المتعاقدين الاختيار**(١).

ذلك ، وفيما نحن فيه إذا أبرز علقة الزوجية بين المرأة وموكّل القابل بلفظ زوّجتك الذي هو غير مبرز لها لا يصح العقد وهذا ظاهر ، ولذا لا يصدق الزوج على مجري القبول .

نعم لا يبعد كون بعتك مبرزاً عرفاً لانشاء العقد للمخاطب الأعم من كونه بنفسه مشترياً أو الشراء لموكّله .

الاختيار والاكراه

(١) قد عرفت في المسألة السابقة اعتبار قصد اللفظ والمعنى لكون العقد متقوّماً بأمرين : الاعتبار النفساني وابرازه بمبرز دالّ عليه ، ولا يتحقّق إلّا بقصد اللفظ والمعنى ، وفي هذه المسألة يقع الكلام في اعتبار كون القصد ناشئاً عن اختيار وليس المراد به الارادة في مقابل الجبر ، بل المراد به الرضا وطيب النفس ويستعمل كل ذلك بمعنى ، وقد استعملت الارادة بمعنى الرضا في قوله : « لا طلاق إلّا بارادة »(١)بأن يكون الداعي له طيب نفسه ورضاه النفساني لا الاجبار من الغير والمعروف بين الخاصة اعتبار ذلك ، وخالفنا العامة في الطلاق جزماً حيث ذهبوا إلى صحة [طلاق] المكره ، ولعلّهم يلتزمون به في سائر العقود والايقاعات أيضاً(٢).

---

(١) لم أجد هذا اللفظ في الوسائل والمستدرك والموجود في الوسائل ٢٢ : ٨٧ / أبواب مقدّمات الطلاق ب٣٧ ح٤ قول أبي عبدالله (عليه السلام) « الطلاق من غير استكراه ولا إضرار » .

(٢) في المغني لابن قدامة ٨ : ٢٦٠ كتاب الطلاق قال : لا تختلف الرواية عن أحمد أنّ طلاق المكره لا يقع . وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن ⇐

وكيف كان فلابدّ لنا من التكلّم في جهتين :

الجهة الأُولى : في بيان ما ذكره الشهيدان[1] والعلاّمة[2] أمّا الشهيدان فذكرا أنّ الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون المعنى ، وظاهره أنّ فساد عقدهما ليس من جهة فقدان طيب النفس وإنّما هو من جهة عدم قصد المعنى ويلوح ذلك من كلام العلاّمة (قدّس سرّه) حيث ذكر أنّ طلاق المكره صحيح إذا كان ناوياً .

والمحتمل في عبارة الشهيدين وجوه :

الأوّل : أن يراد بها أنّهما غير قاصدين مدلول اللفظ نظير الهازل ومن هو في مقام عدّ الصيغة .

ويردّه **أوّلاً :** أنّه خلاف الوجدان فانّ المكره والفضولي قاصدان للمعنى قطعاً . **ثانياً :** أنّ لازمه عدم نفوذ العقد بلحوق الاجازة والرضا ، وعليه فلم يتحقق عقد في الخارج أصلاً . **ثالثاً :** عليه تكون فتواهما مطابقة لفتوى أهل السنّة ، وهو كما

⇐ سمرة ، وبه قال عبدالله بن عبيد بن عمر وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبدالعزيز وابن عون وأيّوب السختياني ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه ، لأنّه طلاق من مكلّف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره .

واختلف المذاهب في البيع ففي الفقه على المذاهب ٢ : ١٦١ وما بعدها : عند الحنابلة والمالكية والشافعية يشترط الاختيار واقعاً في نفوذ البيع ، وقال الحنفية : كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد ، غاية الأمر أقواله التي يكره عليها منها ما يحتمل النسخ كالبيع والاجارة ، ومنها ما لا يحتمله كالنكاح والطلاق والعتاق والنذر ، ففي الأوّل يقع البيع فاسداً فله أن يجيزه بعد زوال الاكراه وله أن يفسخه ، وفي الثاني يمضي عقد المكره وليس له أن ينقضه .

(١) الدروس ٣ : ١٩٢ ، المسالك ٣ : ١٥٦ .

(٢) تحرير الأحكام ٤ : ٥١ .

ترى .

الوجه الثاني : أن يكون المراد ما ذكره المصنّف (قدّس سرّه) من كونهما قاصدي اللفظ والمدلول وعدم قصدهما وقوع مضمون العقد وهو الأثر الشرعي أو الممضى عند العقلاء ، لأنّهما يعلمان بعدم ترتّب الأثر على عقدهما شرعاً وعرفاً .

وفيه : أنّه لو اُريد بالمضمون اعتبار المتعاملين فهو متحقق في اُفق النفس بعد قصد اللفظ والمدلول على ما هو المفروض لا محالة ، وإن اُريد به اعتبار العقلاء أو الشارع ، فأوّلاً : ليس الاكراه والفضولية مستلزماً لذلك دائماً ، بل إنّما يكون ذلك فيما إذا كان المكره أو الفضولي عالماً بفساد عقده وإلّا فربما يقصد الامضاء الشرعي خصوصاً الفضولي إذا أخطأ في التطبيق وتخيّل كونه مالكاً لمال غيره فباعه .

وثانياً : أنّه لا دليل على اعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة ولذا يصح من غير المتديّنين أيضاً مع [عدم] اعتقادهم بالشرع فضلاً عن قصدهم للامضاء الشرعي فهذا الاحتمال ممنوع صغرى وكبرى .

الوجه الثالث : أن يراد من العبارة ما احتمله المحقق النائيني (قدّس سرّه)(١) من عدم كونهما قاصدين لما هو ظاهر كلامهما ، فانّ ظاهر قول الموجب بعت أنّه مالك للبيع وأنّه بداعي طيب نفسه لا باكراه الغير ويستظهر المشتري منه ذلك والمفروض أنّه لم يرد ذلك وأراد غيره .

وفيه أوّلاً : أنّه قد يكون في البين قرينة على الفضولية وعلى الاكراه بل ربما يصرح بذلك للمشتري ، ومعها كيف يكون اللفظ ظاهراً في ذلك .

وثانياً : قصد خلاف الظاهر بهذا المعنى لأيّ وجه يوجب فساد العقد ، وإلى الآن لم يظهر معنى صحيح لعبارة الشهيدين .

---

(١) منية الطالب ١ : ٣٨١ .

وأمّا عبارة العلّامة (قدّس سرّه) فهي أجنبية عمّا نحن فيه بل راجعة إلى مسألة أُخرى وهي عدم تحقق الاكراه مع التمكّن من التورية ، فإذا أُكره أحد على الطلاق وكان متمكّناً من التورية فلم يفعل ونوى حقيقة الطلاق ، صح لعدم كونه مكرهاً عليه ، وفي ذيل العبارة شاهد عليه فراجع .

الجهة الثانية : في دليل اعتبار طيب النفس في صحة العقود وهو أُمور :

الأوّل : قوله تعالى : **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**(١) فانّه سبحانه وتعالى نهى عن تملّك الأموال بجميع الأسباب سوى التجارة عن تراضٍ ، والمراد بالتراضي ليس الارادة والاختيار كما توهّمه بعض المحققين فانّه خلاف الظاهر أوّلاً ، وثانياً لو أُريد به الارادة لزم اللغو فانّ التجارة متقوّمة بالارادة ، فذكر الرضا بمعناها بعدها يكون لغواً .

الثاني : قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(٢) فانّ إسناد عدم الحل إلى العين الخارجية ظاهر في عدم حل جميع التصرفات حتّى الاعتبارية فلا يستقرّ شيء منها إلّا بطيب النفس ، والمراد به الرضا لا الاختيار كما عرفت .

الثالث : ما ورد في الطلاق أنّه « لا طلاق إلّا بارادة »(٣) ولابدّ أن يراد بها الرضا دون ما يقابل الجبر ، فانّ الطلاق لا عن اختيار لا يكون طلاقاً عقلاً ، فلا مجال لنفيه شرعاً ، وبعدم القول بالفصل يثبت اعتباره في سائر العقود والايقاعات .

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف) .

(٣) تقدّم تخريجه في ص٣١٨ .

استدراك

لقد ذكرنا في الآية المتقدّمة ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ أنّ المراد منه طيب النفس لا الاختيار في مقابل الاكراه ، وتقريبه بوجهين : الأوّل : ظهور الرضا في طيب النفس ، ولذا يصحّ أن يقال بعت مالي بدون رضاي فيما إذا باعه عن إكراه ولو كان الرضا بمعنى الاختيار لم يصح السلب . الثاني : أنّه لو كان بمعنى الاختيار لزم اللغو ، لأنّ التجارة متقوّمة بعنوان الاختيار فالتقييد به ثانياً لغو ظاهر ، وتوضيحه : أنّ الاختيار افتعال من الخير بمعنى طلب الخير وهو إعمال القدرة فيما يراه الانسان خيراً لنفسه .

ثمّ إنّ الفعل الاختياري في مقابل الفعل الطبعي والقسري يكون على ثلاثة أقسام :

الأوّل : أن يرى الفعل خيراً لترتّب فائدة دنيوية أو اُخروية عليه كما إذا رأى أنّ المشتري يشتري متاعه بثمن جيّد فيختار بيعه ، أو يتصدّق بماله للفقراء لأنّ فيه فائدة اُخروية فيختارها بطيب نفسه .

الثاني : أن يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي كما إذا ابتلي بمرض وتوقّف علاجه على بيع داره وصرف الثمن في المعالجة ، فانّ بيع الدار حينئذ وإن لم يكن خيراً له بعنوانه الأوّلي إلّا أنّه يراه خيراً لنفسه بالعنوان الثانوي حيث يكون مقدّمة لدفع ضرر خارجي متوجّه إليه في نفسه أجنبي عن المعاملة ، وفي هذا الفرض يكون البائع طيّب النفس للبيع ويحمد ربّه تعالى على ما سهّل عليه من بيع الدار لمعالجته .

الثالث : أن يراه خيراً لنفسه بعنوان ترتّب ضرر على نفس ترك المعاملة وفي هذا الفرض ولو كان الاختيار موجوداً لأنّه يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي إلّا أنّه ليس طيّب النفس به ، وإنّما يغضبه ذلك ولذا لا يحمد ربّه تعالى على طلاق زوجته ، ففي هذه الصورة الاختيار موجود دون الرضا ، ولابدّ من حمل التراض

على هذه الصورة لئلّا يلزم اللغو .

الأمر الرابع : حديث الرفع ، والاستدلال به على ما اخترناه من عدم الحاجة إلى التقدير فيه واضح ، فانّ لكلٍ من الأفعال التي تعلّق بها الحكم الشرعي أو جعل موضوعاً لحكم شرعي وجود في عالم التشريع فيصح إسناد الرفع إليه حقيقة فيكون المعنى رفع المتعلّق للحكم أو الموضوع لحكم شرعي إذا تحقق عن إكراه أو اضطرار أو خطأ ، ومعنى رفعه عدم تعلّق الحكم به وعدم كونه موضوعاً للأثر الشرعي .

وعليه فيستفاد منه رفع الأحكام الوضعية عند الاكراه بلا حاجة إلى التمسك باستشهاد الامام (عليه السلام) به لفساد الحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك وإن كان يستفاد منه الكبرى الكلية أعني رفع الآثار الوضعية بحديث الرفع ، وإن كان الحلف بغير الله تعالى باطلاً عندنا .

ثمّ انّه ظهر من مطاوي ما ذكرناه أمران :

الأوّل : أنّه إذا اضطرّ الانسان إلى معاملة لكونها مقدّمة لدفع ضرر أهم متوجّه إليه كما في الفرض الثاني من الفروض الثلاثة المتقدمة فهل يحكم فيه بالفساد للاضطرار أم لا ؟ والتمسك للفساد بالآية المباركة أو النبوي المتقدم لا وجه له لتحقق طيب النفس والرضا في المعاملة الصادرة عن اضطرار كما عرفت .

نعم ، ربما يتوهم الاستدلال على ذلك بحديث الرفع لاشتماله على رفع ما اضطرّوا إليه ، ولكن لا يقام له وزن لورود حديث الرفع مورد الامتنان ، وليس رفع الآثار الوضعية في مورد الاضطرار امتناناً على الأُمّة بل هو منافٍ للامتنان . نعم ارتفاع الحكم التكليفي كحرمة الخمر إذا اضطر إلى شربه موافق للامتنان .

الثاني : أنّ الاكراه إذا كان عن حق كاكراه النبي (صلّى الله عليه وآله) أو الامام (عليه السلام) أو ولي الأمر على معاملة لا يوجب فسادها وإلّا كان الاكراه لغواً ، بل

لم يكن إكراه على المعاملة وإنما هو إكراه على مجرد اللفظ ، وحينئذ إذا أُكره المحتكر على بيع الطعام أو المديون على أداء دَينه أو الممتنع عن الإنفاق على زوجته على طلاقها صحّ ذلك لأنّه إكراه عن حق .

وحاصل الكلام في المقام : أنّ الصحيح اعتبار طيب النفس في المعاملة وقد استدللنا عليه بالنبوي المعروف وهو قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا يحل مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه »(١) وقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وذكرنا أنّ المراد بالتراضي طيب النفس لا الإرادة ولا مبادئها ، فانّ التجارة من العناوين القصدية وليست من قبيل الأفعال الخارجية كالأكل والشرب ونحوه فهي متقوّمة بالقصد ولا يتحقق بدون الارادة ومبادئها ، فلابدّ وأن يراد بالتراضي طيب النفس لئلّا يلزم اللغوية ، هذا مع إمكان الاستدلال على فساد معاملة المكره بحديث الرفع .

إذا عرفت ذلك فلابدّ من التكلّم في جهات :

الأُولى : أنّه بناءً على التمسك لبطلان معاملة المكره بحديث الرفع لابدّ في بطلان المعاملة من وجود مكره على ذلك وإلّا فلا يتحقق الاكراه ، وعليه فإذا اعتقد أحد وجود مكره له على بيع داره مثلاً فباعها ولم يكن في الواقع مكره صح ذلك البيع بناءً على كون الوجه في البطلان حديث الرفع على ما ذكره السيد في الحاشية(٢) فانّه ناقش في دلالة الآية بدعوى ظهور التراضي في الارادة ، لتقوّم الاكراه بوجود المكره فلا إكراه .

أمّا على ما سلكناه من كون الفساد من جهة عدم طيب النفس فيفسد البيع

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٢٠ .

لذلك ، لأنّ طيب النفس أمر قلبي يتبع الاعتقاد ، فإذا اعتقد وجود المكره فباع لم يكن بيعه صادراً عن الرضا النفساني ولو لم يكن هناك مكره واقعاً ، وإذا انعكس الأمر ينعكس كما إذا كان هناك مكره على بيع داره ولم يحرزه البائع لعدم معرفته بلغته فباع داره ، صحّ بيعه لصدوره عن طيب نفسه .

فالثمرة تظهر بين مسلكنا وما ذهب إليه المصنّف (قدّس سرّه) والسيد في الحاشية في صورة اعتقاد وجود المكره له على بيع داره فباعها مع فرض عدم وجود المكره في الواقع .

الجهة الثانية : هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتّب على الترك صادراً من الآمر أو يكفي ترتّبه ولو من غيره ، مثلاً إذا أمره أحد ببيع داره ولم يكن الضرر على الترك مترتّباً من قبله بل يحصل الضرر من قبل شخص آخر كما إذا كان الآمر عزيزاً عند السلطان وظنّ صاحب الدار أنّ مخالفة عزيز السلطان تحمل السلطان على إضراره ، فإذا باع الدار في هذا الحال فهل يفسد البيع أو لا ؟ الظاهر فساده ، أمّا بناءً على طيب النفس فواضح لعدم تحققه في الفرض ، وأمّا بناءً على مانعية الاكراه فلأنّ أمر الآمر وإن لم يكن إكراهاً إلّا أنّه موضوع لأمر السلطان وإكراهه وترتّب الضرر على مخالفته ، ونظيره ما إذا أمر السلطان شخصاً ببيع داره ومضى فانّ الضرر على الترك يكون من قبل خدمه وشرطته ، فانّ أمر السلطان يكون موضوعاً لاكراه الخدم ، فالاكراه موجود لا محالة .

وأمّا إذا فرضنا أنّ الضرر المتوجّه على الترك سماوي كما إذا علم البائع أنّه إذا خالف أمر السيّد أو المؤمن الخاص ببيع داره فلم يفعل يتضرّر بمرض أو موت أو نحوهما فباعها ، فالظاهر صحة البيع لما عرفت من أنّ إكراه الشارع على المعاملة لا يوجب فسادها ، لأنّ الشارع هو المالك حقيقة ومرجع إكراهه إلى الرخصة في المعاملة وإمضائها في مورد خاص وإن فرضنا صدور المعاملة عن غير طيب

قوله (رحمه الله) : هل يعتبر في موضوع الاكراه الخ[١].

النفس ، وإلّا لزم اللغو كما عرفت ، ولذا لم يستشكل أحد في صحة الوقف لو بنى أحد مسجداً خوفاً من زوال نعمه إذا لم يفعله ، ولم يقل أحد ببقاء ذلك على ملك مالكه .

الجهة الثالثة : هل يعتبر في الاكراه الاطمئنان أو الظنّ بالضرر أم يكفي الاحتمال ؟ ظاهر المصنّف (قدّس سرّه)[١] اعتبار الظن ، ولا يبعد ذلك بناء على أنّ الموجب للفساد هو عنوان الاكراه ، وربما يقال بتقوّمه بظن الضرر وإن كان قابلاً للمناقشة ، وأمّا بناء على المختار من أنّ الموجب للفساد انتفاء طيب النفس فلا ينبغي الاشكال في كفاية الاحتمال ولذا إذا قال له أحد : بع دارك وإلّا حبستك فاحتمل صاحب الدار أنّ الآمر رجل عادي لا يتمكّن من حبسه ثمّ احتمل أنّه حاكم البلد فخاف منه وباع داره ، فلا يكون هذا البيع عن طيب نفس بالضرورة فيقع باطلاً .

التورية

(١) هذه الجهة الرابعة ممّا يتعلّق بالاكراه وهي هل يعتبر في صدق الاكراه عدم التمكّن من التفصّي بالتورية أو بغيرها أو لا يعتبر ؟ أقوال ثالثها : التفصيل بين الاكراه على المعاملة والاكراه على غيرها من الأفعال كالشرب ونحوه فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات . ورابعها : التفصيل بين إمكان التفصّي بغير التورية فينافي الاكراه وبين إمكان التفصّي بالتورية فقط فلا يخلّ بصدق الاكراه . خامسها : التفصيل بين الحكم والموضوع فيقال باعتبار عدم التمكّن من التفصّي في صدق الاكراه موضوعاً وعدم اعتباره فيه حكماً ، فإذا أُكره أحد على بيع داره وأمكنه

---

(١) المكاسب ٣ : ٣١١ .

التفصّي فلم يفعل وباع الدار كان فاسداً وإن لم يصدق عليه عنوان الاكراه.

ثم ليعلم أنّ التورية لا تختص باللفظ الموهم للمخاطب أو السامع خلاف ما قصده المتكلّم، بل هي عبارة عن مطلق الايهام وقد فسّرت به فتعم التورية في القول أو الفعل، فإذا فعل الانسان فعلاً أوهم للغير وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية، فالتورية تارةً تكون في القول وأُخرى في الفعل كما إذا أُكره على شرب الخمر مثلاً فصبّه في جيبه بنحو تخيّل المكره أنّه شربه.

وعليه فلا وجه لما صنعه بعض المحققين[1] من التمثيل لما إذا تمكّن المكلّف من التفصّي بغير التورية بالتورية في الفعل كالمثال المتقدّم فانّه من التورية في الفعل.

إذا عرفت ذلك نقول: الذي ينبغي أن يقال هو أنّ الاكراه لا موضوعية له في فساد المعاملة الصادرة عن إكراه، وإنّما الموضوع للبطلان عدم تحقق طيب النفس الذي هو معتبر في صحة المعاملة، وإنّما نحكم ببطلان المعاملة الصادرة عن إكراه من جهة فقدانها طيب النفس.

وعليه فإذا أُكره أحد على معاملة كبيع داره مثلاً وكان متمكّناً من التفصّي وقد مثّل له المصنّف بما إذا كان المكرَه ـ بالفتح ـ جالساً في حجرته وحده فأكرهه المكره على بيع داره وكان له خدم خارج الغرفة وكان متمكّناً من الاستعانة بهم في دفع ضرر المكرِه من دون استلزامها الحرج أو الضرر أو المشقّة التي لا تتحمّل عادة فلم يفعل وباع داره، فالظاهر صحته لصدوره عن طيب النفس والرضا وليس صادراً عن الاكراه، لأنّا ذكرنا أنّ الميزان في صدور المعاملة عن إكراه أن تكون صادرةً عن خوف ضرر مالي أو عرضي أو بدني، والمفروض في المقام عدم صدور البيع عن ذلك فلا محالة يكون صادراً عن طيب نفسه، ولو لم يكن راضياً به لم

---

(١) وهو السيّد اليزدي في حاشية المكاسب ص١٢٣ السطر١.

يفعله .

فلا وجه لما ذهب إليه المصنّف (رحمه الله) من فساد ذلك لعدم صدوره عن طيب النفس ، وفصّل بين تعلّق الاكراه بهذا النحو بالمعاملة فيوجب فسادها لاستلزامه صدورها لا عن طيب النفس ، وبين تعلّقه بغيرها كشرب الخمر مثلاً فلا يوجب رفع حرمته لعدم صدق الاكراه مع التمكّن من التفصّي بدون ضرر وحرج ومشقّة ، فالتفصيل بين المعاملات وغيرها في الاكراه لا وجه له .

وأمّا ما ورد في رواية ابن سنان عن الصادق (عليه السلام) : « لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه ، قلت أصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ؟ قال : الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والاُمّ والأب وليس ذلك بشيء »[1] فلا يستفاد منه عدم اعتبار عدم التمكّن من التفصّي في صدق الاكراه فانّ الاكراه من الأب والاُمّ والزوجة لا يمكن التفصّي عنه ويترتّب على مخالفتهم اختلال اُمور معائش الانسان وأيّ ضرر أعظم منه .

وأمّا التفصيل بين التمكّن من التفصّي بالتورية فقط وبغيرها أيضاً كما صرّح به في المتن بدعوى أنّه عند التمكّن من التفصّي بالتورية يترتّب الضرر على ترك الفعل ولو بنحو القضية الشرطية ، أي إذا علم المكره بذلك ضرّه ويكفي هذا في صدق الاكراه ، وهذه القضية الشرطية غير متحققة عند التمكّن من التفصّي بغير التورية .

ففيه : أنّه لم ندر من أيّ لغوي عرف المصنّف (رحمه الله) تقوّم الاكراه بالقضية الشرطية حتّى مع القطع بعدم تحقق المُقدّم وأنّ المكرِه لا يعلم بذلك بل دائرة الاكراه أضيق من ذلك .

نعم إذا احتمل بالاحتمال العقلائي أنّ المكره يعرف ذلك وحصل له الخوف

---

(١) الوسائل ٢٣ : ٢٣٥ / كتاب الأيمان ب١٦ ح١ (مع اختلاف يسير) .

حرم ذاك التورية وتحقق عنوان الاكراه ، فهو متقوّم بالقضية الشرطية مع احتمال وصول الأمر إلى المكره لا مع القطع بعدمه ، فهذا التفصيل أيضاً ساقط .

وبالجملة : لا فرق في اعتبار عدم التمكّن من التفصّي في صدق الاكراه ورفعه للآثار بين الآثار التكليفية والوضعية ، فإذا أُكره أحد على معاملة وكان متمكّناً من التفصّي ولم يفعل كما في المثال المتقدم لا يكون الاكراه رافعاً لأثر المعاملة ، لأنّها حينئذ تكون صادرة عن طيب النفس ، لعدم كونها صادرة عن الخوف فتكون صحيحة ، كما أنّه إذا أُكره على شرب الخمر مثلاً وكان متمكّناً من التفصّي لا يكون مثل هذا الاكراه رافعاً للحكم التكليفي ، فالتفصيل بينهما بدعوى عدم طيب النفس في المعاملة فاسد .

كما أن التفصيل بين إمكان التفصّي بالتورية فقط وبغيرها والقول بارتفاع الأثر بالاكراه في الأوّل لصدق القضية الشرطية دون الثاني لعدم صدقها أيضاً فاسد ، إذ لا يكفي في تحقق الاكراه مجرد القضية الشرطية مع الجزم بعدم تحقق مُقدّمها وأنّ المكرِه ـ بالكسر ـ لا يعلم بالتورية ، بل لابدّ في تحقق الاكراه من احتمال ذلك المورث للخوف ، فانّ التورية حينئذ تكون محرمة فيتحقق عنوان الاكراه ولو مع التمكّن منها .

وأمّا ما استدلّ به المصنّف (رحمه الله)[1] على عدم اعتبار العجز عن التفصّي بالتورية من إطلاقات كلمات الأصحاب والأخبار ، وكون حملها على فرض العجز من الحمل على الفرد النادر ، فعجيب منه (قدّس سرّه) لأنّ موضوع الروايات وكلماتهم إنّما هو عنوان الاكراه فإذا فرض تقوّمه بالعجز لا يعمّ غيره ليكون تخصيصه بصورة العجز من الحمل على الفرد النادر بل لا يعمّه الموضوع رأساً .

---

(١) المكاسب ٣ : ٣١٣ .

وأمّا التمسّك بحديث عمّار وتقريره (صلّى الله عليه وآله) إيّاه على عدم التورية حيث لم ينبّه النبي (صلّى الله عليه وآله) عمّاراً بها ، ففيه :

أوّلاً : أنّ جلالة قدر عمّار يقتضي أنّه ورّى في ذلك ولم يقصد الكفر والتبرّي من النبي (صلّى الله عليه وآله) ودينه حقيقة ، فأظهر الكفر صورة ، كما أنّ الكافر إذا أُكره على الشهادتين يورّي فيهما من دون قصد المعنى وعقد القلب عليهما ، ولذا لم يأمر النبي (صلّى الله عليه وآله) بها .

وثانياً : لا يبعد القول بعدم إمكان التورية في إظهار الكفر والتبرّي كما لا يمكن ذلك في السبّ والهتك ، فلا يكون التورية رافعاً لحرمته ، مثلاً إذا سبّ أحد بعض الأكابر علناً على رؤوس الأشهاد وقصد في نفسه شخصاً فاجراً لضُرب على فعله ، لأنّ مجرد قصد غيره لا يرفع عنوان هتك المؤمن الكبير وقبحه ، فليس في عدم تنبيه النبي (صلّى الله عليه وآله) للتورية تقرير لعدم لزومها .

والظاهر أنّ ما ذكره المصنّف (رحمه الله) من صراحة بعض الأخبار بحسب المورد في فرض التمكّن من التورية أراد به حديث عمّار ، لأنّ غيره لا ظهور له في ذلك فضلاً عن الصراحة .

وأمّا التمسّك برواية ابن سنان المتقدّمة بدعوى أنّ الغالب التمكّن من التفصّي عن إكراه الوالدين والزوجة ، فغير تامّ أيضاً لما عرفت من أنّ الموضوع فيها عنوان إكراه الوالدين والزوجة فلا يعمّ إلّا صورة عدم التمكّن من مخالفتهم وترتّب الضرر عليها .

نعم يستفاد منها أمر ، وهو كفاية الضرر الخفيف في رفع الأثر الوضعي كاليمين وإن لم يكن رافعاً للأثر التكليفي كالحرمة لضعفه وقلّته فتأمّل ، لأنّ الغالب أنّ الضرر المترتّب على مخالفة الأبوين أو الزوجة ضعيف جدّاً مثل النزاع والجدال الداخلي لا يرفع الحكم التكليفي ، ولذا لا يكتفى بمثله في رفع الحرمة إذا أكرهت الزوجة

قوله (رحمه الله) : إذا أُكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين[١].

زوجها على شرب الخمر ولا يترتّب على تركه إلّا الاختلال الداخلي ، ولكن يرتفع به الأثر الوضعي في المعاملات ومنها اليمين فتأمّل .

فالصحيح اعتبار العجز عن التفصّي في صدق الاكراه .

وأمّا التفصيل بين الاكراه من حيث الموضوع دون الحكم ، بدعوى أنّ جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبّدي ، فلم نعرف له وجهاً ، لأنّ ذلك يحتاج إلى قيام الدليل على ثبوت حكم الاكراه لغير الاكراه وهو مفقود ، هذا كلّه في بيان أصل الاكراه فيقع الكلام في فروعه .

(١) المحكي عن جماعة صحّة العقد إذا أُكره على الجامع بينه وبين غيره كما إذا أُكره على بيع داره أو طلاق زوجته فطلّقها ، بدعوى أنّ ما وقع في الخارج ليس بشخصه متعلّقاً للاكراه ، لأنّ الاكراه إنّما تعلّق بالجامع دون الشخص ، فهو صادر عن طيب النفس فيترتّب عليه الأثر .

وقد أورد عليه المصنّف (رحمه الله)[١] أوّلاً : بالنقض وأنّ الاكراه على الجامع لو لم يكن رافعاً لأثر ما وقع في الخارج لكونه واقعاً عن طيب النفس لزم عدم ترتّب الأثر على الاكراه مطلقاً ، لأنّ الاكراه دائماً يكون على الجامع والطبيعي والخصوصيات تكون خارجة عن حيّز الاكراه ، مثلاً يكره على البيع وأمّا من حيث الخصوصيات الشخصية من المكان والزمان والفارسية وغيرها ، فلم يتعلّق بها إكراه ويكون تحققها بطيب النفس .

وفيه : أنّ النقض غير وارد لأنّ الخصوصيات على قسمين :

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٢٠ .

منها : ما تكون دخيلة في موضوع الأثر بل تكون هي الموضوع حقيقة كما في الاكراه على الجامع بين البيع والطلاق ، فانّ خصوصية الطلاق هي المؤثّر في أثر البينونة والمفروض تحققها بطيب النفس ، وليس ذاك الأثر مترتّباً على الجامع الذي تعلّق به الاكراه ، فما تعلّق به الاكراه ليس موضوعاً للأثر وما هو الموضوع للأثر لم يتعلّق به الاكراه .

ومنها : ما لا تكون دخيلة في الأثر أصلاً كالخصوصيات الشخصية في البيع فانّها وإن لم تكن متعلّقة للاكراه إلّا أنّها لا يترتّب عليها أثر أصلاً ، وإنّما الأثر للطبيعي والمفروض تعلّق الاكراه به فلا يقاس إحدى الخصوصيتين بالاُخرى .

والذي ينبغي أن يقال : إنّه إذا تعلّق الاكراه بالجامع بين الأفراد العرضية ولو انتزاعياً ليس كل من أفراده بخصوصه متعلّقاً للاكراه ، لما عرفت من أنّ الفعل إنّما يكون مكرهاً عليه فيما إذا كان صادراً عن خوف ترتّب ضرر على تركه ، ومن الواضح أنّ ترك كل من الأفراد أو الفردين العرضيين لا يترتّب على تركه الضرر إذا كان تركاً إلى بدل ، أي تركه باتيان الفرد الآخر وهكذا العكس ، فليست الأفراد حينئذ مكرهاً عليها ، وإنّما هي مصداق للمكره عليه لا نفسه ، وكذلك الحال في الاضطرار إلى الجامع .

وقد ذكرنا في بحث الأوامر أنّ متعلّق الأمر في الوجوب التخييري ليس إلّا عنوان أحد الأشياء أو الشيئين ، وأمّا الأفراد بخصوصياتها فليست متعلّقة للأمر مثلاً إذا قال المولى : صلّ أو صم ليس المأمور به خصوص الصوم ولا خصوص الصلاة ، بحيث من يختار الصلاة كانت هي الواجبة في حقّه ، ومن اختار الصوم كان هو الواجب عليه ، فانّه منافٍ للاشتراك في التكليف ، بل كل من الأفراد يكون مصداقاً للمأمور به ، ويجري هذا في تعلّق كل من الاكراه أو الاضطرار إلى الجامع .

إذا عرفت هذا نقول : صور الاكراه على الجامع خمسة : لأنّه تارةً يتعلّق

الاكراه أو الاضطرار بالجامع بين محرّمين فيكرهه على أحد الأمرين من شرب الخمر أو قتل النفس. وأُخرى يتعلّق بالجامع بين الحرام والمباح. وثالثة يتعلّق بالجامع بين المباح والمعاملة. ورابعة يتعلّق باحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعقود والايقاعات. وخامسة يتعلّق بالجامع بين الحرام والمعاملة أي بين ما تعلّق به الحكم التكليفي والوضعي.

أمّا الصورة الأُولى: وهي تعلّق الاكراه بأحد المحرّمين، فقد عرفت أنّ كلاً منهما بخصوصه ليس مكرهاً عليه، وإنّما الاكراه متعلّق بالجامع فترتفع حرمته بالاكراه فيجوز ارتكابه بل قد يجب، ولكن بما أنّ الجامع لا يمكن إيجاده إلّا في ضمن إحدى الخصوصيتين فمقدّمة لارتكاب الجامع المكره عليه يضطر المكلّف إلى ارتكاب إحدى الخصوصيتين، فيثبت الترخيص في إحداهما بنحو التخيير، فإذا أتى بالجامع في ضمن إحداهما لم يرتكب محرّماً.

نعم، إذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين، فقد ارتكب المحرّم لعدم ثبوت الترخيص إلّا في إحداهما. فإذا كانت الخصوصيتان متساويتين في الأهمية يتخيّر المكلّف بينهما، وإن كانت إحداهما أهم كما إذا أُكره على شرب الخمر أو شرب الماء المتنجّس تعيّن ارتكاب المهم دون الأهم، لأنّ شرب الخمر في المثال مشتمل على شرب النجس وزيادة.

وأمّا الصورة الثانية: وهي الاكراه على الجامع بين الحرام والمباح، فهو غير رافع لحرمة الحرام، وإن صدق الاكراه على الجامع بينه وبين المباح، ولا أثر لمثل هذا الاكراه لأنّ الجامع بين الحرام والمباح لم يكن حراماً، وليس المكلّف مضطراً إلى ارتكاب الخصوصية المحرّمة مقدّمة لارتكاب الجامع الذي أُكره عليه، بل يكون المقام نظير ما إذا كان المكلّف متمكّناً من التفصّي بغير التورية.

وأمّا الصورة الثالثة: وهي تعلّق الاكراه بالجامع بين المباح والمعاملة، كما

إذا أُكره أحد على السكوت أو بيع داره مثلاً ، فالاكراه فيها أيضاً لا يرفع أثر المعاملة إذا اختارها ، لما تقدّم في الصورة السابقة ، فانّ المعاملة في الفرض تكون صادرة عن طيب النفس ، إذ لا نعني بها إلّا ما يقابل المعاملة الصادرة عن الخوف ومن الظاهر أنّ الاقدام عليها في الفرض ليس من أجل الخوف على الترك فتصح .

ومن هنا ظهر الحال فيما إذا أُكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفاسدة بأن قال له : بع دارك أو أوقع معاملة غررية مثلاً ، فانّ الاكراه على الفاسدة لا أثر له ، فإذا اختار الصحيحة صحّت إذا كان عالماً بفساد المعاملة الغررية ، لصدورها عن طيب النفس لا الاكراه ولا الاضطرار الجامع بينهما خوف الضرر على الترك ، إذ ليس في ترك الصحيحة ضرر ليكون صدورها عن إكراه أو اضطرار . وهكذا ظهر الحال إذا أُكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة وما يكون مورد حق الغير ، كما إذا أُكره على الجامع بين بيع داره وإيفاء دَينه .

وأمّا الصورة الرابعة : وهي ما إذا أُكره على إحدى المعاملتين كطلاق زوجته أو بيع داره ، فتفسد فيها المعاملة التي يختارها المكره ، وذلك لأنّ الاكراه وإن لم يتعلّق بكل من المعاملتين ، وإنّما تعلّق بالجامع ، إلّا أنّك عرفت اضطرار المكره إلى ارتكاب إحدى الخصوصيتين مقدّمة لدفع الضرر المترتّب على ترك الجامع ، فهو مضطر إلى إحدى المعاملتين ، وهذا الاضطرار يرفع الأثر عمّا يختاره المكره خارجاً .

وهذا الاضطرار لا يقاس بالاضطرار الذي قلنا بعدم كونه رافعاً للأثر الوضعي ، لأنّ شمول حديث الرفع له خلاف الامتنان ، وذلك لأنّ الاضطرار هناك كان ناشئاً عن الضرر الخارجي ، وفي المقام الاضطرار ناشٍ من ضرر داخلي أعني الضرر المترتّب على ترك الجامع من جهة الاكراه عليه ، وهذا رافع للأثر الوضعي أيضاً ، بل ينافي طيب النفس .

وأمّا الصورة الخامسة : وهي ما إذا تعلّق الاكراه بالجامع بين الحكم التكليفي والوضعي ، كما إذا أُكره على بيع داره أو شرب الخمر مثلاً ، فلابدّ من التكلّم فيها من وجهين : أحدهما من حيث الحكم التكليفي وأنّه يرتفع الحرمة بالاكراه أو لا ، وثانيهما من حيث الحكم الوضعي .

أمّا الحكم التكليفي فالظاهر عدم ارتفاعه ، وذلك لأنّ المعاملة ليست من المحرّمات وإنّما هي من المباحات ، فيكون المقام من قبيل الاكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فيكون المكلّف متمكّناً من التفصّي عن ارتكاب الحرام باختيار المعاملة ، فالحرمة لا ترتفع بذلك .

وأمّا الحكم الوضعي إذا اختار البيع ، فالظاهر عدم ترتّبه عليه ، وذلك لصدوره عن خوف ترتّب الضرر على الترك ، بعد فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر . وبعبارة أُخرى : شرب الخمر ضرر في نفسه فيترتّب على ترك البيع أحد ضررين : إمّا شرب الخمر ، وإمّا الضرر المتوعّد عليه من طرف المكره ، فليس صادراً عن طيب النفس بل يكون صادراً عن خوف الضرر الجامع بين الاكراه والاضطرار ، هذا كلّه في الاكراه على الجامع بين الأفراد العرضية .

وأمّا الاكراه على الجامع بين الأفراد الطولية ، كما إذا أُكره على فعل محرّم في اليوم أو في الغد مثلاً ، أو أُكره على بيع داره في اليوم أو بعده ، فهل يكون رافعاً للأثر عن أحدهما ، من غير فرق بين الفرد السابق واللاحق مطلقاً ، أو يفصّل بين التكاليف والوضعيّات ، ففي التكليفيّات لا يرتفع الأثر إلّا عن الفرد اللاحق ، بخلاف الوضعيات فانّه يرتفع الأثر بالاكراه فيها ولو اختار الفرد السابق لسراية الاكراه إليه ، ولتساوي الفردين بالنسبة إلى الجامع المكره عليه ، كما ذكره المحقّق النائيني

(رحمه الله)(١) وذكر في الأُصول(٢) تعيّن الفرد السابق في التكليفيات في صورة واحدة :

وهي ما إذا كان الفرد اللاحق أهم في نظر الشارع ، كما إذا أُكره على شرب النجس في اليوم أو قتل مؤمن في الغد ، فانّه يتعيّن عليه دفع الاكراه بالفرد السابق واختياره ، لأنّ أهمية الفرد اللاحق يكون معجّزاً شرعيّاً عنه فيجب حفظ القدرة على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق .

نقول : أمّا ما أفاده في فرض أهمية اللاحق فهو تامّ ، وأمّا ما ذكره من التفصيل فغير تامّ ، توضيح ذلك : أنّ الاكراه على الجامع بين الأفراد الطولية لا يوجب كون الفرد السابق صادراً عن خوف الضرر على تركه الذي هو الجامع بين الاكراه والاضطرار ، لعدم ترتّب ضرر على تركه في نفسه ، وإنّما يترتّب الضرر على تركه المنضمّ إلى ترك الفرد اللاحق ، ولذا لا يجوز للمكلّف ارتكابه .

وهكذا الحال في التكاليف الوجوبية إذا أُكره المكلّف على ترك أحد واجبين طوليين لا يجوز له ترك الفرد الأول حفظاً للقدرة على ارتكاب الفرد اللاحق ، بل لابدّ له من الاتيان بالواجب المتقدّم ، فيتعيّن ترتّب الضرر على الثاني فيجوز تركه لا محالة .

نعم يختص ما ذكرناه بالواجبات الاستقلالية دون الضمنية ، كما إذا أُكره أو اضطر إلى ترك التشهّد مثلاً في الركعة الثانية أو الرابعة ، فانّه لا يتعيّن فيه ترك الفرد اللاحق والاتيان بالسابق إلّا في الموارد المنصوصة ، وذلك لأنّ الأمر بالمركب يسقط بتعذّر بعض أجزائه لا محالة .

---

(١) منية الطالب ١ : ٣٩٥ .

(٢) أجود التقريرات ٤ : ٢٧٧ ـ ٢٧٨ .

إلّا أنّه في الصلاة ثبت الأمر بالمقدار الميسور منها ، إمّا للاجماع ، أو للروايات ، أو لغير ذلك . وهذا الأمر الحادث بعد التعذّر يدور أمره بين أن يكون متعلّقاً بالصلاة مع التشهّد في الركعة الثانية ، أو بخصوص الصلاة مع التشهّد في الركعة الأخيره ، أو مع التشهّد في الجملة ، فيكون من صغريات دوران الأمر بين التعيين والتخيير ، وقد بيّنا في الاُصول أنّ الأصل يقتضي البراءة عن التعيين ، فلا يقاس الاضطرار أو الاكراه على الجامع في الواجبات الضمنية بالواجبات الاستقلالية ، لأنّ الشكّ هناك في سقوط التكليف عن الفرد الأول بالاكراه على الجامع وفي المقام في حدوث التكليف وتعلّقه بخصوص الفرد الأول .

نعم ، في بعض الأجزاء يظهر من الأدلّة تعيّن الاتيان بالفرد السابق مع الاضطرار إلى ترك الجامع كالقيام لقوله (عليه السلام) : « إذا قوي فليقم »[1] فانّه يصدق التمكّن منه في الركعة الاُولى إذا لم يتمكّن منه إلّا في إحدى الركعات ، هذا كلّه في التكاليف .

وقد ظهر الحال في الوضعيات أيضاً ، فانّ الفرد السابق من المعاملة التي اُكره على الجامع بينها وبين الفرد اللاحق ليس ممّا يخاف الضرر على تركها في نفسه إلّا منضمّاً إلى ترك الآخر ، ليكون مكرهاً عليها أو مضطراً إليها ، فإذا اختارها المكره كان صدورها عن طيب نفسه واختياره فتصحّ ، وهذا بخلاف الفرد اللاحق فانّه يصدر عن خوف الضرر على تركه بعد ما ترك الفرد الأول لا محالة .

نعم ، بناءً على ما اختاره في المتن من عدم تحقق طيب النفس بمجرد الاكراه مع إمكان التفصّي بالخروج عن المحل الذي هو فيه ولو لم يكن فيه حرج ولا ضرر ولا مشقة ، أمكن القول بعدم ترتّب الأثر على الفرد الأول من المعاملة في المقام إذا

---

(١) الوسائل ٥ : ٤٩٥ / أبواب القيام ب٦ ح٣ .

قوله (رحمه الله) **: ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين ... الخ**[١].

اختارها ، إلّا أنّك عرفت فساد المبنى .

(١) إكراه أحد الشخصين أو الأشخاص يكون نظير الواجب الكفائي الذي ذكرنا تعلّق الوجوب فيه بالجامع بين الشخصين أو الأشخاص ، ففي إكراه أحد الشخصين أيضاً يكون متعلّق الاكراه هو الجامع بينهما ، وهو تارةً يكون في مورد الأحكام التكليفية ، وأُخرى في الأحكام الوضعية . وعلى الثاني تارة يكون المكره عليه متعدّداً مع قطع النظر عن المصدر ، وأُخرى يكون تعدّده بلحاظ المصدر فالأقسام ثلاثة :

أمّا القسم الأوّل : أعني إكراه أحد الشخصين على فعل محرّم ، فالظاهر أنّه لا يرفع الأثر التكليفي ـ أي الحرمة ـ عن فعل كل منهما ، إلّا إذا اطمأنّ بأنّ الآخر لا يأتي به ، أو احتمل ذلك احتمالاً عقلائياً لخوف الضرر على تركه ، وذلك لأنّ التكليف ينحلّ إلى تكاليف عديدة بحسب أفراد المكلّفين ، ويكون لكل منهم تكليف مغاير لتكليف الآخر أجنبي عنه ، ولا يسقط التكليف عن كلّ منهما إلّا إذا اطمأنّ بالضرر فانّه حجّة ، أو احتمله احتمالاً عقلائياً ، وإلّا فإذا احتمل أنّ الآخر يرتكبه لكونه غير مبالٍ بالدين مثلاً بحيث ارتفع عنه خوف الضرر على الترك ، فالتكليف المتعلّق به باقٍ لابدّ له من امتثاله ولا يجوز مخالفته .

وأمّا القسم الثاني : وهو ما إذا تعلّق الاكراه بالجامع بين الشخصين في الوضعيات مع فرض تعدّد المكره عليه في نفسه ، كما إذا أكره الجائر أحد الشخصين على بيع داره ، فانّ بيع كل من الدارين في نفسه يغاير بيع الدار الآخر ، وهذا القسم يكون ملحقاً بالقسم الأول ، فانّ كلاً منهما إن احتمل احتمالاً عقلائياً رافعاً للخوف صدور البيع من الآخر ومع ذلك أقدم على بيع داره فلا محالة يكون بيعه بطيب

قوله (رحمه الله) : واعلم أنّ الاكراه قد يتعلّق ... الخ[١].

نفسه ، ولا يكون صادراً عن خوف الضرر فيكون صحيحاً ، وأمّا إذا لم يحتمل ذلك ، أو احتمله ولم يكن احتمالاً رافعاً للخوف ، فيكون العقد الصادر منه مستنداً إلى الخوف فيكون فاسداً .

وأمّا القسم الثالث : وهو الفرض مع اتّحاد المكره عليه في نفسه وكون تغايره بلحاظ تغاير المصدر ، كما إذا أُكره أحد الوكيلين على بيع دار موكّله الشخصية ، فانّ المكره عليه حينئذ يكون أمراً شخصياً خارجياً والاختلاف يكون من ناحية مُصدر بيع الدار الشخصية ، أو نفرض تعلّق الاكراه بما يعم الوكيلين والموكّل .

والظاهر ارتفاع الأثر عن العقد في هذا القسم على جميع التقادير ، وذلك لأنّ موضوع الأثر فيه ليس هو العقد الصادر عن الوكيل بمعناه المصدري ، وإنّما هو العقد المستند إلى الموكّل بالمعنى الاسم المصدري ، والعقد بهذا المعنى ـ أي العقد المستند إلى الموكّل ـ لا يكون صادراً عن طيب النفس ، بل يكون صادراً عن إكراه ولو لم يكن بمعناه المصدري كذلك .

وبعبارة أُخرى : مورد الامضاء الشرعي هو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين لا عن خصوص كل منهما ، والمفروض كون العقد الصادر عن الجامع مكرهاً عليه ، فيكون فاسداً سواء علم المُصدر بعدم إقدام الآخر عليه أو احتمله أو علم بخلافه .

(١) صور المسألة ثلاثة : لأنّه قد يتعلّق الاكراه بالمالك العاقد كما هو الغالب وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد ، وقد ينعكس الأمر فيتعلّق الاكراه بالعاقد دون المالك .

أمّا الصورة الأُولى : فقد تقدّم الكلام فيها وأنّ الاكراه فيها رافع للأثر

سواء كان وضعياً أو تكليفياً على تفصيل تقدّم .

وأمّا الصورة الثانية : كما إذا أُكره المالك على توكيل غيره في بيع داره ، وبعد تحقق الوكالة باعها الوكيل باختياره وطيب نفسه ، فالاكراه فيها لا محالة يكون في التوكيل فيكون فاسداً . فان حصل للمالك طيب النفس بالوكالة في أثناء الاكراه ووقوع العقد ، فتصح الوكالة بناء على صحّة العقد الصادر عن إكراه إذا لحقه طيب نفس مالكه ، فتنفذ معاملة الوكيل مطلقاً ، وإلّا فتكون المعاملة الصادرة عن الوكيل فضولية ، فان كانت قابلة للحوق الاجازة بها ولحقته الاجازة صحّت كما في العقود وأمّا إذا لم تكن قابلة بأن كانت إيقاعاً ، كما إذا أُكره الزوج على توكيل غيره في طلاق زوجته فوكّله فطلّقها اختياراً ، فانّهم ادّعوا الاجماع على بطلان الايقاع الفضولي وعدم قابليته للحوق الاجازة به ، وإن كان مشمولاً لدليل صحّة الفضولي على ما سيأتي الكلام فيه ، فلا محالة تكون فاسدة لا يترتّب عليها الأثر ، وهكذا إذا كانت قابلة للاجازة ولكن لم يجزها المالك .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا تعلّق الاكراه بالعاقد دون المالك ، وفي هذه الصورة تارةً يكون المكره ـ بالكسر ـ هو المالك ، وأُخرى يكون غيره ، وعلى الثاني تارةً يكون المكره ـ بالفتح ـ وكيلاً عن المالك للعقد وأُخرى يكون شخصاً أجنبياً عنه .

أمّا إن كان المكره هو المالك كما إذا أكرهت المرأة عالم البلد على تزويج نفسها لشخص خاصّ ، أو أكرهه المالك على بيع داره ، فالظاهر هو الصحة ولا يترتّب الأثر على الاكراه ، وذلك لعدم شمول شيء من أدلّة رفع الأثر عن الاكراه للمقام . أمّا قوله سبحانه ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[1] فلأنّه إنّما يعتبر التراضي

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

في التجارة ، ولا تصدق التجارة على فعل مُجري الصيغة ليعتبر صدوره عن طيب نفسه ، والمعتبر فيها على ما استظهرناه من الآية رضا المالك ومن بمنزلته من الولي والوكيل دون غيره ، والمفروض تحققه في المقام .

وأمّا النبوي وهو قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(١) فهو وإن كان شاملاً للتصرفات الاعتبارية مثل النقل والانتقال لأنّ حذف المتعلّق يفيد العموم ، إلّا أنّ المعتبر في الحلّ طيب نفس من له المال دون غيره .

وأمّا حديث الرفع فلأنّه لا يعم إلّا ما يكون مورداً للوضع لولا الاكراه أو الاضطرار ، وفعل مجري الصيغة بنفسه ليس موضوعاً للأثر فتأمّل .

وبعبارة أُخرى : ليس في رفع الأثر في الفرض منّة على المالك ـ فتأمّل ـ ليعمّه حديث الرفع الذي عرفت وروده في مقام الامتنان .

وأمّا إن كان المكره غير المالك وكان المكره ـ بالفتح ـ أجنبياً ، فلا أثر لإكراهه لعين البيان المتقدم ، فيكون العقد الصادر منه فضولياً يصح إذا كان قابلاً للحوق الاجازة به ولحقته ، وإلّا فيفسد .

وأمّا إن كان المكره ـ بالفتح ـ وكيلاً مفوّضاً من قبل المالك ، فقد استشكل فيه صاحب المسالك(٢) وذهب فيه إلى فساد العقد .

والتحقيق : أنّ الوكيل المفوّض يكون لطيب نفسه ورضاه موضوعية في صحّة العقد ولذا يصح منه العقد ولو كان معزولاً ما لم يصل إليه عزله ، لكن بما أنّه بدل تنزيلي عن الموكّل .

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف يسير) .

(٢) المسالك ٩ : ٢٣ .

قوله (رحمه الله) : ولو أكرهه على بيع واحد غير معيّن ... الخ[1].

وإن شئت قلت : إنّ المعتبر إنّما هو رضا أحد الشخصين من الوكيل والموكّل وعليه إن كان المالك راضياً بالعقد دون الوكيل ، فالعقد الصادر منه يكون صحيحاً لما عرفت من أنّ الاكراه على إصدار العقد بمعناه المصدري لا أثر له ، وإن لم يكن راضياً به ، فان لحقه الرضا من الموكّل أو الوكيل يصح ، بناء على ما سنبيّنه من صحّة العقد الواقع عن إكراه إذا لحقه رضا المالك ، وإلّا فيفسد .

ولعلّ الوجه فيما ذكره صاحب المسالك من الفساد حتى إذا رضي الموكّل ، هو أنّ من صدر منه العقد عن إكراه لم يتحقق منه الرضا ، ومن رضي بالعقد ـ وهو الموكّل ـ لم يكن العقد صادراً منه ، وقد عرفت أنّ صدور العقد بالمعنى المصدري لا يترتّب عليه أثر أصلاً .

ويؤكّده الفرع الآتي وهو صحّة عقد المكره إذا تعقّبه طيب نفس المالك ، فانّ حيثية صدوره عن إكراه لا يرتفع بالرضا المتأخر ، فلو كان له أثر لم يرتفع بالرضا بالعقد فيما بعد ، وهذا ظاهر .

(١) بعد ما عرفت من أنّ الاكراه رافع للأثر حتى الأثر الوضعي ، يقع الكلام فيما إذا اختلف المكره عليه مع ما وقع في الخارج ، وفي فرض الاختلاف تارة يكون الواقع في الخارج أمراً مبايناً مع المكره عليه ، وأُخرى يكون أكثر أو أقل منه .

أمّا إذا كان ما وقع في الخارج أكثر من المكره عليه ، كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد عبديه فباعهما معاً ، فتارةً يكون المكره عليه هو الأقل بشرط لا عن الزيادة ، ويكون ما أوقعه المكره في الخارج بشرط شيء ، ولا إشكال في صحة المقدار الزائد في هذا الفرض ، لأنّه مباين للمكره عليه ، ولم يتعلّق به الاكراه كما هو ظاهر . وأُخرى لا يكون المكره عليه بشرط لا عن الزيادة ، بل ما وقع عليه الاكراه

هو الجامع بين الأمرين كما في المثال .

وعليه أيضاً تارة يكون لانضمام كل من الشيئين دخل في مالية الآخر كفردي النعال أو مصراعي الباب ، وفي هذا الفرض إذا أكرهه الجائر على بيع أحدهما فباعهما معاً ، بطل البيع في الجميع لاستناده إلى خوف ضرر الجائر ، فانّ المكره عليه وإن كان بيع أحدهما ، إلّا أنّه إنّما يختار بيع كليهما من باب كونه أقل ضرراً ، إذ لو باع واحداً منهما لبقي الآخر بلا فائدة ، ولا يحصل رغبة في شرائه ، فبعد ما اُكره على بيع أحدهما ، إذا لم يبع شيئاً منهما يقع في ضرر الجائر ، وإذا باع أحدهما دون الآخر تضرّر من جهة بقاء الآخر بلا راغب يرغب في شرائه ، ولا ينتفع به ، فلا محالة يبيعهما معاً ، فيكون بيع كليهما مستنداً إلى خوف ضرر الجائر فيبطل .

واُخرى لا يكون لانضمام كل من الشيئين دخل في مالية الآخر ، كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد فرسيه فباعهما معاً دفعة واحدة كما هو المفروض ، فهل يصح البيع في كليهما كما اختاره المصنف (رحمه الله)(١)، لأن ما وقع خارجاً ـ وهو بيع كليهما ـ لم يكن مكرهاً عليه ، أو يعيّن الصحيح منهما بالقرعة ، أو يبطل البيعان ، لأن صحّتهما معاً غير ممكن ، لكون أحدهما مكرهاً عليه ولا تعيّن له في الواقع فيبطل كلا البيعين ، إذ لا معنى لامضاء أحدهما غير المعيّن ، كما عن بعض مشايخنا المحققين (رحمهم الله)(٢)؟ وجوه .

والظاهر هو صحة أحدهما ، ويتعيّن باختيار البائع من دون حاجة إلى القرعة . أمّا صحة البيع في أحدهما ، فلإطلاق الأدلة من قوله تعالى : ﴿أَحَلَّ اللهُ

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٢٤ .

(٢) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٢ : ٥٤ .

الْبَيْعَ﴾(١) ونحوه . وأمّا فساده في الآخر فللعلم بأن عمومات البيع قد خصصت في أحد الشيئين قطعاً بحديث رفع الاكراه ، وهذا نظير ما إذا أكره أحد على شرب أحد الاناءين اللذين فيهما الخمر فشربهما معاً ، فانه لا مجال فيه للقول بحرمة كلا الشربين وتعدد العقاب ، لاطلاق دليل حرمة شرب الخمر ، فانه مخصص في أحدهما بدليل رفع الاكراه قطعاً ، كما لا مجال للقول بجواز شرب كليهما ، لأن الاكراه لم يتعلّق إلّا بواحد منهما ، بل يكون أحد الشربين مباحاً والآخر حراماً عليه ، والمقام أيضاً كذلك ، فيكون أحد البيعين جائزاً لاطلاقات الأدلة ، وأحدهما فاسداً لحديث رفع الاكراه .

وأمّا كون التعيين باختيار البائع ، فلأنّ ما تعلّق به طيب النفس إنّما هو بيع أحد المبيعين ، فيكون من هذه الجهة من بيع الكلّي في المعيّن ، فتكون الخصوصيات الشخصية خارجة عن المبيع ، وتبقى في ملك البائع فيكون تعيين الكلّي باختيار البائع .

نعم في بعض الموارد لا يكون التعيين باختيار البائع ، فلا مناص فيها من الرجوع إلى القرعة ، وهي ما إذا كان المشتري متعدّداً ، كما إذا باع من شخصين ببيع واحد بناء على صحة ذلك ، فانّه لا مجال حينئذ لكون البائع مخيّراً في تعيين الصحيح من البيعين ، فانّ كلاً من المشتريين يريد صحة شرائه ، فلابدّ من القرعة .

وتوهم اختصاصها ـ أي القرعة ـ بما إذا كان الواقع معيّناً في نفس الأمر مدفوع باطلاق دليل القرعة ، وقد عمل بها الفقهاء فيما لا تعيّن له واقعاً ، كما فيما إذا كان لرجل ثلاث زوجات ، وتزوج بنفسه وبوكيله بالرابعة والخامسة في آنٍ واحد فانّ تزويج إحداهما صحيح من دون تعيّن ، فذكروا أنّ ذلك يعيّن بالقرعة ، إلى غير

---

(١) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

ذلك من الموارد ، ففي المقام أيضاً يعيّن الصحيح بالقرعة .

ثم إنّ ما ذكرناه إنّما يجري فيما إذا لم يكن المكره عليه معيّناً ، إمّا بتعيين المكره وإمّا بتعيّن ذلك ، نظير الوضع التعييني والتعيّني . وأمّا إذا كان متعيّناً كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد العبدين معيّناً فباعهما معاً ، فيكون الفاسد بيع المكره عليه دون غيره ، وهكذا إذا تعيّن بفعل البائع ، كما إذا باع العبدين تدريجاً فانّ المبيع أوّلاً يتعيّن في كونه مكرهاً عليه ، فيبطل دون بيع الفرد الآخر .

ولا مجال حينئذ لتوهم جعل الثاني مكرهاً عليه باختيار البائع ، نظير تبديل الامتثال بامتثال آخر ، فانّ موضوع الاكراه ينتفي بالاتيان بالفرد الأول ، فكيف يمكن أن يكون الفرد الثاني مصداقاً للمكره عليه ، وهذا واضح . هذا كلّه فيما إذا كان الواقع في الخارج أكثر من المكره عليه .

وأمّا إذا كان أقلّ منه كما إذا أكرهه الجائر على بيع داره أو عبده فباع نصف ذلك .

فتارةً يكون بيع النصف مع كونه عازماً على بيع النصف الآخر ، غاية الأمر يأتي به تدريجاً لزعمه أنّ المكره عليه هو الجامع بين البيع التدريجي والدفعي ، وفي هذا الفرض لا إشكال في فساد البيع لكونه مكرهاً عليه ، ولا وجه لما ذكره المصنّف (رحمه الله) وإشكاله في سماع دعوى ذلك في مقام الاثبات بقوله : لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر (١) فانّ نفس الاكراه قرينة على صدق دعواه .

واُخرى يبيع النصف لاحتمال أنّ الجائر يكتفي به عن المجموع ، وفي هذا الفرض أيضاً لا إشكال في الفساد ، لأن الاكراه على كل مقدار ينحلّ إلى الاكراه على أبعاضه ، مثلاً الاكراه على دفع مائة درهم إكراه على دفع الخمسين .

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٢٥ .

قوله (رحمه الله) : قال في التحرير لو أُكره على الطلاق ... الخ[١].

وثالثةً يكون المكره عليه بشرط شيء ويأتي المكره بالأقل بشرط لا . وفي هذا الفرض ربما يتوهم أنّ ما وقع مغاير للمكره عليه فيكون صحيحاً .

ونقول : نفرض الكلام فيما إذا كان الواقع في الخارج مبايناً حقيقة مع المكره عليه ويتّضح به حكم المقام ، مثلاً إذا فرضنا أنّ الجائر أكرهه على بيع كتابه فباع رداءه بدلاً عنه من باب أهميته لديه أكثر من الرداء ، كان بيع الرداء فاسداً مع كونه مبايناً للمكره عليه ، وذلك لأن الدليل لرفع الاكراه كان أمرين :

أحدهما : حديث الرفع ، وهو غير شامل للمقام ، لأنّ بيع الرداء لم يكن مكرهاً عليه .

ثانيهما : قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[١] وهو شامل للمقام فانّ بيع الرداء على الفرض لم يكن بطيب النفس ، فيكون أكل المال بسببه من الأكل بالباطل ، ففي المقام أيضاً بيع نصف الدار أو العبد لم يكن صادراً عن طيب نفس المالك ، فيكون أكل المال به من أكل المال بالباطل .

(١) لابدّ في تفصيل الاكراه على الطلاق ونحوه من بيان أقسام الاكراه ، فانّه يتصوّر على صور :

إحداها : أن يكرهه الجائر على الطلاق ونحوه ، إلّا أنّه متمكّن من دفع ضرر المكره ، أو يوطّن نفسه على تحمّل الضرر ومع ذلك يوقع الطلاق ، ولا إشكال في الصحة في هذه الصورة ، والظاهر خروجه عن مورد كلام العلّامة (رحمه الله)[٢].

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) التحرير ٤ : ٥١ .

ثانيها: أن يكرهه على الطلاق فيوقعه خوفاً من ضرر الجائر، ولا إشكال في الفساد في هذه الصورة أيضاً، من غير فرق بين كون المكره ـ بالفتح ـ معتقداً صحة العقد الواقع عن إكراه لجهله بالمسألة، أو اعتقد بأنّ دفع الضرر لا يكون إلّا بقصد حقيقة العقد أو الطلاق فقصده وبين غيره، فانّ ذلك لا ينافي صدق الاكراه.

ويؤيّده: تمسّك الامام (عليه السلام) بحديث رفع ما استكره عليه لفساد الحلف إكراهاً على الطلاق والعتاق من غير استفصال بين من يرى صحة الحلف الصادر عن إكراه وبين من يرى فساده، مع أنّ أغلب العامّة[1] يرون صحّة ذلك ووقوعه فاحتمال الصحّة كما زعمه المصنّف (رحمه الله) في الفرض لا يناسب مقامه (قدّس سرّه).

ثمّ إنّه لا فرق في تحقق الاكراه بين أن يكون الضرر الموجود متوجهاً إلى نفس المكره أو ماله أو عرضه، أو يكون متوجهاً إلى بعض متعلّقيه كولده مثلاً، فإذا قال الولد لوالده: طلّق زوجتك وإلّا قتلت نفسي فطلّقها بطل، لأنّ موت الولد ضرر على الوالد، ولذا لو أوعده الأجنبي بقتل ولده على ترك عمل، صدق عليه عنوان الاكراه، وهذا ظاهر.

وثالثتها: أن يكرهه الجائر على الطلاق ويكون له الداعي النفساني على الطلاق أيضاً، إلّا أنّه ليس كل من الأمرين تامّ الداعوية، فإذا انضمّ أحدهما إلى الآخر تمّت داعويته، فكان كل من الاكراه والداعي النفساني جزء المقتضي. وفي هذا الفرض يكون الطلاق مستنداً إليهما معاً فيكون فاسداً، لأنّه وإن لم يكن مصداقاً للمكره عليه، ولا يمكن التمسك فيه بحديث رفع الاكراه، إلّا أنّه لا يكون صادراً عن طيب النفس أيضاً، لصدوره عن كلا الأمرين معاً، وقد ذكرنا أنّ مقتضى قوله

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ٣١٨ فما بعدها.

تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(١) اعتبار صدوره عن طيب النفس وهو مفقود .

ورابعتها : أن يكون كل من الاكراه والداعي النفساني ـ كسوء خُلُق الزوجة في نفسه في المثال المذكور ـ تام الداعوية لطلاق الزوج ، بحيث لو فقد أحدهما أثّر الآخر ، إلّا أنّ الأثر الفعلي لا محالة يستند إليهما معاً ، ففي هذه الصورة لابدّ من الحكم بالصحة ، لاستناد الأثر إلى طيب النفس التام في مقام الداعوية ، وانضمام الاكراه إليه لا يوجب عدم تأثيره ، لأنّ الاكراه ليس مقتضياً للفساد ولا مانعاً من الصحّة ، وإنما نقول بفساد المعاملة الصادرة عن الاكراه لعدم المقتضي ـ وهو طيب النفس ـ لا لوجود مقتضى الفساد ، فانضمامه إلى الداعي النفساني المقتضي للصحة لا يمنع عن تأثيره ، وكثيراً ما ينضم الداعي النفساني إلى الداعي القربي في العبادات ، ويكون كل منهما تام الداعوية في نفسه ، ولا يخلّ بعباديتها .

وعليه فلا وجه لقياس هذه الصورة بالصورة السابقة والقول بالبطلان فيها كما عن الميرزا (رحمه الله)(٢) بدعوى استناد الأثر في كلتا الصورتين إلى مجموع الاكراه والداعي النفساني ، فانّ الداعي النفساني في الصورة السابقة لم يكن تام الداعوية ، بخلافها في هذه الصورة ، فانّ طيب النفس فيها تام الداعوية ، غايته أنّه انضم إليه ما ليس مقتضياً للصحة .

ثمّ مع التنزّل وفرض كون الاكراه مانعاً عن الصحة نقول : شمول دليل رفع الاكراه لمثل المقام الذي يكون المالك طيّب النفس خلاف الامتنان .

ثمّ إنّ المكره إذا تمكّن من التورية ولم يفعل ، فالظاهر عدم صدق الاكراه لما

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) منية الطالب ١ : ٤٠٦ .

قوله (رحمه الله) : لو رضي المكره بما فعله صح العقد[١].

ذكرنا سابقاً من تقوّم الاكراه بالعجز حتّى عن التورية ، وأنّ مجرد القضية الشرطية لا يحقق عنوان الاكراه ، ولعل هذا مورد حكم العلّامة بالصحة ومراده من قوله : لو طلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق[١].

(١) ربما يقال بعدم ترتّب الأثر على عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا به والوجه في ذلك أحد أمرين :

الأوّل : اعتبار مقارنة طيب نفس المالك ورضاه مع العقد في مفهومه ، فلا يصدق عنوان العقد مع عدم مقارنة الرضا .

وفيه : أنّ العقد ليس إلّا كبقية المفاهيم مثل الأكل والشرب ونحوهما ، ومن الواضح أنّ الداعي لا دخل له في شيء من تلك المفاهيم ، فالأكل يصدق على الأكل الخارجي بأيّ داع حصل من طيب النفس أو الاكراه أو غير ذلك ، وهكذا مفهوم الشرب ، وكذلك مفهوم العقد . ولولا ذلك لزم عدم صدق العقد على بيع الفضولي وعدم صدقه على بيع المكره بحق ، فلابدّ وأن يكون ترتّب الأثر عليه بالتعبّد الشرعي لا بما أنّه عقد ، وهو كما ترى .

الثاني : اعتبار مقارنة رضا المالك في صحة العقد لا في مفهومه . وهذا وإن لم يكن كسابقه بديهي الفساد إلّا أنّ اعتبار ذلك في الصحة مع صدق العقد بدونه يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على اعتباره وإلّا لزم بطلان عقد الفضولي وإن لحقته الاجازة لعدم اقترانه برضا المالك .

وهناك وجهان آخران ، وهو اعتبار مقارنة رضا العاقد في مفهوم العقد أو في

---

(١) التحرير ٤ : ٥١ .

صحته . وقد ظهر الجواب عنهما بما تقدّم ، مضافاً إلى أنّ لازمه فساد بيع العاقد المكره على إنشاء الصيغة من قبل المالك ، وقد مرّ صحته .

وبالجملة : صحة بيع الفضولي بلحوق الرضا تستلزم صحة بيع المكره بلحوق طيب نفس المالك ، بل في بيع المكره مرجّح للصحة ، وهو صدور العقد من المالك دون بيع الفضولي ، فانّهما مشتركان في عدم مقارنة العقد لطيب نفس المالك ، إلّا أنّ الانشاء أيضاً في بيع الفضولي غير ناشٍ من المالك بخلاف بيع المكره . اللهم إلّا أن يدّعى الفرق بين بيع الفضولي وبيع المكره ، ويدّعى قيام الدليل على اعتبار مقارنة العقد مع الرضا .

أمّا الفرق بين بيع الفضولي والمكره فهو أنّ ظاهر قوله تعالى : **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(١) توجه الخطاب إلى الملّاك ووجوب وفاء كل مالك بالعقد المستند إليه وليس الخطاب متوجهاً إلى غير الملّاك ولا إلى المالك الذي لم يستند العقد إليه ، كما أنّ ظاهر قوله تعالى : **﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾**(٢) وجوب غسل كل شخص وجه نفسه ويديه ، لا أن يغسل كل أحد وجه غيره ويديه ، فالأمر بالوفاء بالعقد أيضاً كذلك لا يراد به لزوم وفاء المالك بالعقد الصادر عن غيره .

ثم إنّ عقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك ولا يستند إليه قبل إجازته ورضاه ، وعليه فخروجه عن عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** قبل لحوق الاجازة به يكون بالتخصص ، لعدم كونه عقداً للمالك ، فإذا لحقته الاجازة يدخل حينئذ في عنوان العقود فيعمّه حكمها ، وهذا بخلاف عقد المكره ، فإنّ خروجه عن عموم الآية إنّما يكون بالتخصيص بمقتضى حديث رفع الاكراه ، لأنّه قبل لحوق الاجازة أيضاً عقد

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) المائدة ٥ : ٦ .

مستند إلى المالك ، فإذا خرج عن العموم بالتخصيص ، فرجوعه إليه بعد لحوق الرضا يحتاج إلى دليل ، وهذا هو الفارق بينهما .

ثمّ إذا استفدنا الحصر من قوله تعالى : **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** كما هو الصحيح ، لأن الاستثناء فيه متصل لا منقطع كما زعمه المصنّف في المقام ، والمعنى لا تأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه فإنّه باطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ ، فيفيد حصر سبب حل الأكل بالتجارة عن تراض ، ويصدق التجارة عن تراضٍ على بيع الفضولي إذا لحقته الاجازة ، ولا يصدق التجارة الناشئة عن الرضا على بيع المكره بعد لحوق الرضا إليه ، لتأخّر الرضا عن تجارة المالك .

وبالجملة : يمكن الفرق بين بيع المكره وبيع الفضولي بما ذكرناه من أنّ بيع المكره من حين صدوره يستند إلى المالك ، فإذا خرج عن عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** بالتخصيص فعوده إليه بعد لحوق الرضا يحتاج إلى دليل ، وهذا بخلاف بيع الفضولي فانّه إنّما يستند إلى المالك ويدخل في موضوع الآية حين لحوق الاجازة ، فيثبت له الحكم ويترتّب عليه الأثر .

إلّا أنّ المصنّف(١) استدلّ على صحة بيع المكره بعد لحوق الرضا بوجهين :

أحدهما : أنّ رفع أثر بيع المكره بعد لحوق رضاه ـ أعني صحته حينئذ ـ خلاف الامتنان عليه ، فلا يعمّه حديث الرفع ، إذ لعل البيع يكون صلاحاً له فيرضى به . نعم [عدم] ترتّب الأثر عليه قبل لحوق الرضا به موافق للامتنان .

وفيه : أنّ ما أفاده منافٍ لما أوضحه في بحث الأُصول(٢) من أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الآثار المترتّبة على الموضوعات بعناوينها إذا كان رفعها موافقاً

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٣١ .

(٢) فرائد الأُصول ١ : ٣٦٣ .

للامتنان ، ولا يعمّ الأثر المترتّب عليها بعنوان العمد أو بعنوان الاكراه ونحوه من الاُمور المذكورة في الحديث ، وعليه فصحة بيع المكره إذا لحقه الرضا إن دلّ عليها دليل يكون حكماً ثابتاً لعنوان الاكراه ، فلا يعمّها حديث الرفع ، سواء كان رفعها موافقاً للامتنان أو مخالفاً له . نعم لا دليل في مقام الاثبات على صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا .

ثانيهما : ما أطال فيه الكلام وحاصله : منع حكومة حديث الرفع على أدلّة صحّة البيع ووجوب الوفاء بالعقود ، وذلك لأنّ قوله تعالى : **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** مخصص بالمرضي بحكم العقل وغيره ، فليس له إطلاق ، وعليه فالعقد غير المرضي به ليس موضوعاً لأدلّة الصحة ليعمّه حديث الرفع ، وأمّا المرضي به ، فإن كان الرضا به مقارناً يستحيل أن يتعلّق به الاكراه أيضاً ويكون مكرهاً عليه أيضاً ، فانّهما متناقضان فلا يعمّه رفع الاكراه ، وأمّا إن كان الرضا به لاحقاً فذات العقد الملحوق بالرضا جزء للسبب وليس موضوعاً للأدلة ليعمّه حديث رفع الاكراه ، فعلى أيّ تقدير ليس حديث الرفع حاكماً على أدلّة صحّة العقود .

وفيه : أنّه إنّما يتمّ لو كان تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع في طول تخصيصه بحديث « لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(١) وقوله تعالى **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**(٢) وغيره ممّا دلّ على اعتبار الرضا في صحة العقد ، وليس الأمر كذلك ، بل تخصيصه بكل من المخصصين عرضي ، فانّ حديث الرفع أيضاً مخصص لعموم الوفاء بالعقود غايته بلسان الحكومة ، وقد ذكرنا في بحث انقلاب

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

النسبة[1] أنّه إذا ورد مخصصان على عام واحد يخصص بهما معاً ، وعليه فيخصص عموم الآية بكل من حديث رفع الاكراه وما دلّ على اعتبار طيب النفس ، ويخرج عنه العقد المكره عليه ، ورجوعه إلى حكم العام بعد لحوق الرضا يحتاج إلى دليل وهو مفقود ، فلا يتم شيء من الوجهين اللذين أطال المصنف الكلام فيهما .

إلّا أنّ الصحيح مع ذلك كلّه صحّة عقد المكره بعد لحوق الرضا به ، وذلك لأنه ليس المراد من العقد إنشاؤه الذي لا بقاء له ، بل المراد به الأمر الاعتباري من المبادلة وحصول النقل والانتقال الذي له بقاء واستمرار في عالم الاعتبار ، وعليه فما لم يلحق به الرضا يكون العقد مكرهاً عليه فيعمّه حديث رفع الاكراه ، وأمّا إذا لحقه الرضا فليس العقد بقاء مصداقاً للمكره عليه .

ومن الواضح أنّ حديث رفع الاكراه إنّما يرفع الأثر ما دام الاكراه متحققاً ويصدق عليه عنوان المكره عليه ، فإذا رضي به المالك بقاءً صار العقد مصداقاً للتجارة عن تراضٍ ، فيعمّه دليل الصحة .

وبعبارة أُخرى : إذا كان للعام أو المطلق استمرار فورد عليه المخصص في مقدار من الزمان ، لا مانع من التمسك به في الزائد على ذلك المقدار من الزمان فقوله تعالى : **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** له استمرار من حيث الزمان ، وقد خصص ما دام العقد كان مكرهاً عليه ، وأمّا إذا رضي به المالك وخرج عن عنوان المكره عليه فيعمّه الآية المباركة ، ويؤكّده المقابلة بين التجارة عن تراضٍ وأكل المال بالباطل في الآية الشريفة ، فانه إذا غصب أحد من غيره شيئاً فهو مصداق لأكل المال بالباطل ما لم يرض به المالك ، فإذا رضي لم يكن من الأكل بالباطل ، فلا محالة يكون مصداقاً للتجارة عن تراضٍ .

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٦٧ .

والحاصل : أنّ الظاهر صحة عقد المكره إذا لحقه رضا المالك ، إلّا أنه ربما يستشكل فيها بما ذكر فارقاً بين عقد المكره وعقد الفضولي ، من أنّ عقد الفضولي إنّما يستند إلى المالك مقارناً لحصول طيب نفسه ورضاه ، فيعمّه عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بخلاف عقد المكره فانّه يكون مستنداً إلى المالك قبل طيب نفسه ورضاه ، ومع ذلك لم يكن مشمولاً لعموم الدليل ، فشموله له بعد الرضا يحتاج إلى دليل .

ولكنّك قد عرفت أنّ هذا الفرق ليس بفارق ، فانّ عقد المكره وإن لم يكن مقارناً مع رضا المالك حدوثاً إلّا أنّه مقارن معه بقاء ، فيعمّه عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بقاء كما عرفت ، فلا فرق بينه وبين عقد الفضولي .

ثم إنّه يمكن تقريب صحة بيع المكره بوجه آخر يقرب من أوّل الوجهين المذكورين في كلام المصنف : وهو أنّ الآثار المترتّبة على الأفعال بعناوينها الأوّلية منها ما يكون رفعها موافقاً للامتنان مطلقاً كالأحكام التكليفية كحرمة شرب الخمر ، فانّ رفعها موافق للامتنان في مورد الاكراه والاضطرار والخطأ والنسيان مطلقاً . ومنها : ما يكون رفعها مخالفاً للامتنان كذلك كالآثار الوضعية في مورد الاضطرار ، فانّ رفعها مخالف للامتنان على الاطلاق . ومنها : ما يكون رفعها موافقاً للامتنان في بعض الحالات دون بعض ، فحديث الرفع بناءً على كونه وارداً مورد الامتنان ـ كما هو الظاهر ـ يكون رافعاً لما هو من قبيل الأوّل مطلقاً ، ولا يكون رافعاً لما هو من قبيل الثاني مطلقاً ، وفي الثالث يرفع الأثر في الحال الذي يكون رفعه امتناناً ولا يكون رافعاً له فيما ليس رفعه امتناناً ، ففي المقام ارتفاع أثر بيع المكره قبل لحوق الرضا موافق للامتنان فيرتفع ، وفي حال لحوق الرضا مخالف للامتنان فلا يرتفع .

وبعبارة أُخرى : لدليل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إطلاق أزماني ، فيثبت به الملكية مستمرة من زمان تحقق العقد إلى الأبد ، ففي بيع المكره يقيّد إطلاقه بحديث الرفع في

قوله (رحمه الله) : الرضا المتأخّر ناقل أو كاشف(١).

الحال الذي يكون فيه الرفع موافقاً للامتنان ـ وهو ما قبل لحوق الرضا ـ وأمّا في غيره فيتمسك باطلاق الآية ويترتّب عليه الأثر لعدم جريان حديث الرفع فيه .

والفرق بين هذا الوجه وما أفاده المصنف واضح ، فانّه (قدّس سرّه) ذكر أوّلاً أنّ المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة ، ثمّ ذكر بعد ذلك أنّ رفع صحّة بيع المكره بعد لحوق رضاه مخالف للامتنان ، وقد أوردنا عليه بعدم الدليل على صحة بيع المكره إذا لحقه الرضا ، وأمّا على ما ذكرناه فإطلاق الآية بنفسه دليل على ترتّب الأثر على بيع المكره إذا لحقه الرضا كما عرفت .

(١) لا ريب في أنّ مقتضى الأصل العملي هو النقل ، إلّا أنّه ربما يدّعى وجود الدليل على الكشف ، وهو ما ورد في إرث الصغير أو الصغيرة التي تزوّجه كبير أو كبيرة أو صغير مثله ثمّ مات فإذا بلغ أجاز النكاح ، من أنّه يستحلف على إجازته وانّه لو كان حيّاً أيضاً لأجاز النكاح فيرث منه[1] مع أنّ إرثه منه مبني على الكشف ليتحقق موضوع موت الزوج أو الزوجة عن وارث ، والإستحلاف إنّما هو من جهة كونه مورداً للتهمة وأنّ الاجازة من جهة الارث ، هذا .

إلّا أنّ الرواية واردة في الفضولي ، والتعدّي إلى المكره مبني على إلغاء الخصوصية ، وأنّ الميزان إنّما هو تعلّق الاجازة أو الرضا بالعقد السابق ، وهو موجود في عقد المكره أيضاً كما يتعدّى إلى غير النكاح بالأولوية ، وإلّا فالكشف حكم مختص بمورده وهو النكاح الفضولي ، ولا يتعدّى عن مورد النصّ .

---

(١) راجع الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ .

ولكن قد يدعى أنّ الكشف يكون على القاعدة ، إذ فرق بين اشتراط صحة العقد بالرضا المتأخّر وبين اشتراطها بغيره كالقبض في الصرف والهبة ، لأنّ الرضا والاجازة إنّما يتعلّق بالعقد السابق ، فإذا قام دليل على اعتباره لابدّ من ترتيب الأثر من حين العقد ، نظير ما إذا باع أحد داره فعلاً قبل عشرة أيّام ، وقام دليل على اعتباره ولو كان العمومات لو لم يكن منصرفاً عن مثل ذلك لكونه خلاف المتعارف ، فانّ لازمه الكشف وترتيب آثار الملكية السابقة ، والاجازة أيضاً كذلك .

ثمّ أورد عليه المصنّف بما حاصله : أنّ الاجازة لم تتعلّق بالملكية من حين العقد ، وإنّما تعلّقت بطبيعي الملكية ، ومقتضى ظاهر الأدلّة التي تعتبر اشتراط نفس الاجازة في صحة العقد وترتّب الأثر عليه لا وصف التعقّب ، عدم ترتّب الأثر إلّا بعد حصول الشرط ، وهو لا ينافي تعلّق الاجازة بالعقد السابق .

ثمّ أجاب بما حاصله : أنّه إنّما يتم لو قلنا بالكشف الحقيقي ، وأمّا الكشف الحكمي أعني حكم الشارع بعد حصول الاجازة والرضا بالملكية السابقة من زمان البيع ، فلا ينافي شرطية نفس الاجازة والرضا .

ثمّ أشكل عليه بأنّ الملكية عين حكم الشارع ، فلا يمكن تخلّفهما(١).

وفيه : ما نبيّنه في بحث الفضولي من أنّ الجعل غير المجعول ، فالجعل ـ وهو الحكم ـ عبارة عن نفس الاعتبار ، والملكية تكون متعلّقة للحكم وهو المجعول ، فكما يمكن أن يكون الاعتبار فعليّاً ومتعلّقه أمراً لاحقاً ـ كما في الوصية ـ يمكن أن يكون الاعتبار فعليّاً ومتعلّقه أمراً سابقاً ، وهذا نظير أن ينشىء أحد فعلاً ملكية داره لزيد من قبل سنة ـ بأن يكون الانشاء فعليّاً والمنشأ أمراً متقدّماً ـ فإذا فرضنا قيام الدليل

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٣٦ .

قوله (رحمه الله) **: وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد**[١]**.**

قوله (رحمه الله) **: مسألة : ومن شروط المتعاقدين إذن السيّد**[٢]**.**

على صحّته كما إذا فرض عدم كونه خلاف المتعارف وشملته الاطلاقات ، لزم الحكم بترتّب آثار الملكية من الأول لا من حين العقد ، والاجازة أيضاً كذلك فلازم تعلّقها بالعقد السابق ترتّب آثاره من حين حدوثه ، وذلك لأنّ مقتضى إطلاق قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] إمضاء اعتبار المتعاملين من حين حدوثه ، وقد رفعنا اليد عن ذلك في مقدار من الزمان لحديث رفع الاكراه ، وبعد ارتفاعه وحصول الرضا يكون مقتضى إطلاق العام إمضاء اعتبار المتعاملين المتحقق سابقاً ، وهذا معنى الكشف .

(١) الفسخ يقابله الإمضاء لا الإجازة ، وما يقابل الإجازة إنّما هو الردّ ، وإن كان جميعها متعلّقاً بالعقد السابق ، فلا وجه لقياس الاجازة وجعلها مقابلة للفسخ وذلك لأنّ الاجازة عبارة عن إمضاء العقد من حينه ، ويقابله ردّ العقد الذي هو عبارة عن فسخه من حينه ـ أي حدوثاً ـ وأمّا الفسخ في مقابل الإمضاء فهو عبارة عن حلّ العقد من حين الفسخ ـ أي بقاءً لا حدوثاً ـ كما هو ظاهر أدلّة الخيار في موارد ثبوته كخيار الحيوان والمجلس ونحوهما ، فكون الفسخ حلّ العقد بقاءً ومن قبيل النقل لا يستلزم كون الاجازة إمضاءً للعقد كذلك ، فالقياس مع الفارق .

شرطيّة إذن السيّد

(٢) ذكروا من جملة شروط صحّة العقد كون العاقد حرّاً ، فلو فرض كونه

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

عبداً لم يصح ما لم يأذن مولاه ، فجعل العبد حدّ وسط بين الحرّ وبين الصبي والمجنون فانّ الحرّ مستقل في تصرفاته ، والمجنون ـ وكذا الصبي على قول ـ ساقط انشاؤه مطلقا حتّى مع إذن الولي ، وأمّا العبد فهو وسط بينهما ، فليس كالحرّ بحيث يستقل في تصرفاته ، وليس كالمجنون بحيث لا ينفذ تصرّفه أصلاً حتى مع إذن الولي ، بل ينفذ تصرّفه مع إذن المالك ولا ينفذ بدون إذنه ، واستدل على ذلك بقوله تعالى ﴿**عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾[١] حيث وصف العبد بكونه غير قادر على شيء والمراد بالقدرة المنفيّة إنّما هو استقلاله في التصرف لا أصل التصرف ، فانّ من لا يكون مستقلاً في تصرفه فهو ليس بقادر عليه .

ثمّ إنه ليس المراد بالقدرة القدرة العقلية وبالشيء الأفعال الخارجية ، بداهة أنّ الرقية والحرية لا دخل لشيء منهما في القدرة العقلية على الأُمور الخارجية ، فمن يقدر على الخياطة فهو قادر عليها تكويناً عبداً كان أو حراً ، فيحتمل أن يراد من القدرة القدرة الشرعية ، والتعبير عن المنع الشرعي بعدم القدرة متعارف ، فيكون المعنى أنّ العبد ممنوع عن كل شيء ، وهذا أيضاً لا يمكن الالتزام به ، بداهة عدم حرمة جميع الأفعال على العبد بدون إذن سيده حتى الأفعال الضرورية كالتنفّس وتحريك اليد والرأس والعين والتكلّم ونحو ذلك ، فلابدّ وأن يراد بالقدرة القدرة الوضعية ـ أعني النفوذ ـ فيكون المراد من قوله ﴿**لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾ نفي نفوذ تصرفاته .

فيقع الكلام في أنّ المنفي نفوذ تصرفه في خصوص نفسه وماله ، أو أعم منه ومن تصرفه في مال سيّده ، أو أعم من ذلك ومن تصرفه فيما لا يرجع إلى سيده

---

(١) النحل ١٦ : ٧٥.

كالوكالة في إنشاء العقد عن غيره ؟ وجوه ، ظاهر المصنف[١] هو الأخير ، وكأنّه أرسله إرسال المسلّمات وشرع في إجازة السيّد وحكمها ، وتبعه في ذلك المحقق النائيني (رحمه الله)[٢] إلّا أنّ مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المنفي نفوذ تصرف العبد في نفسه وفي ماله لو قلنا بأنّه يملك ـ كما هو أحد القولين في المسألة ـ نظير قوله (عليه السلام) : « الناس مسلّطون على أموالهم أو على أنفسهم »[٣].

ويؤكّدها : أن ذكر قوله تعالى ﴿مَمْلُوكاً﴾ في الآية ، مع أنّ العبد والمملوك مترادفان لابدّ وأن يكون لنكتة وليس قيداً توضيحياً كما ذكره الميرزا (رحمه الله)[٤] والنكتة في ذلك إنّما هي علّية المملوكية للحكم ، وعليه فلابدّ وأن يكون المنفي ما يكون المملوكية علّة له ، وليس ذلك إلّا نفوذ تصرفه في نفسه وماله ، فيصح أن يقال : لا يصح تصرفه في نفسه لأنّه مملوك ، وأمّا التصرف في مال السيد فعدم نفوذه ليس معلولاً للمملوكية ، ولذا لا ينفذ تصرف الحرّ في مال غيره أيضاً ، وهكذا الوكالة عن الغير في إنشاء العقد ، ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورد إجمال المخصص ـ وهو إنشاء العقد للغير ـ إلى العمومات والاطلاقات .

وعليه فلابدّ من التفصيل بين وكالة العبد عن الغير في مجرد إنشاء الصيغة وتوكيله الغير ، والالتزام بالفساد في الثاني لأنّ العبد لم يكن له التصرف بنفسه فضلاً عن توكيله الغير ، وبالصحة في الأول لعدم الدليل على توقف إنشاء العبد على إذن السيد ، كما أنّ الظاهر عدم كونه حراماً تكليفاً لعدم الدليل على حرمة التلفّظ ونحوه

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٣٨ .

(٢) منية الطالب ١ : ٤٢٣ .

(٣) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

(٤) منية الطالب ١ : ٤٢٢ .

قوله (رحمه الله) : وأمّا مع الاجازة اللاحقة فيحتمل[١].

من التصرفات الضرورية ، وعلى فرض حرمته تكليفاً فهي لا تدلّ على الفساد لعدم تعلّقها بعنوان المعاملة .

(١) أمّا بناءً على المختار من عدم توقف إنشاء العبد على إذن سيده ـ لانصراف الآية عن مثله لمناسبة الحكم والموضوع أو لظهور أخذ المملوك في العلّية ولأنّ الروايتين[١] لا تشملان الانشاء المجرد ، لورودهما في تزويج العبد لنفسه

---

(١) **أحدهما** : ما نقله الشيخ في صدر هذه المسألة [عن الفقيه ٣ : ٣٥٠ / ١٦٧٣] وهو مذكور في الوسائل ٢٢ : ١٠١ / أبواب مقدمات الطلاق ب٤٥ ح١ .

وإليك نصّ الرواية :

محمّد بن علي بن الحسين باسناده عن ابن اُذينة ، عن زرارة ، عن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) قالا : « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا باذن سيده ، قلت : فانّ السيّد كان زوّجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد **﴿ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾** أفشيء الطلاق » .

ثم إنّ إطلاق الرواية المذكورة معارضة بما ورد من تجويز طلاق العبد إن كانت زوجته حرّة أو من غير مولاه ، وقد عقد في الوسائل باباً لذلك ، منها ما رواه عن محمّد بن يعقوب ، عن أحمد ، عن ابن فضّال ، عن مفضل بن صالح ، عن ليث المرادي قال : « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : إن كانت أمتك فلا ، إنّ الله عزّوجلّ يقول : **﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾** وإن كانت أمة قوم آخرين أو حرّة جاز طلاقه » [الوسائل ٢٢ : ٩٨ / أبواب مقدّمات الطلاق ب٤٣ ح٢] .

وظاهر هذه الرواية عدم المنافاة بين جواز طلاق العبد لزوجته إن كانت حرّة أو أمة لغير مولاه . وبين كونه مملوكاً لا يقدر على شيء .

ثانيهما : ما استعان به الشيخ (رحمه الله) ونقل بعض فقراته مؤيّداً لكلامه في المسألة ⇐

وطلاقه زوجته ولو زوّجه السيد ، وكلاهما من التصرف في نفس العبد ، وهذا أجنبي عن إنشائه الصيغة للغير ، ولذا يكون فاسداً ولو كان المنشىء للصيغة غير المملوك أي وكّل غيره في إنشاء العقد ، بل لولا ما ورد في ذيل الرواية من تطبيق الآية على ذلك لاقتصرنا فيها على خصوص نكاح العبد وطلاقه ولم نتعدّ إلى سائر تصرفاته في نفسه ـ فلا مجال للبحث عن نفوذ إجازة السيد بعد ذلك وعدمه .

وأمّا على مسلك المصنف فيقع الكلام في نفوذ إنشاء المملوك إذا لحقته اجازة السيد وعدمه ، وقد احتمل المصنف أوّلاً كلا الأمرين ، من عدم النفوذ لأنّ المنع ليس من جهة المُنشأ وعدم رضا المالك به ، وإنّما هو من جهة الانشاء الصادر ، وما وقع لا ينقلب عمّا وقع عليه ، إذ ليس له بقاء لينقلب عمّا وقع عليه بقاء ، والنفوذ ولحوق الاجازة ، لكون المعتبر هو الرضا الأعم من المقارن واللاحق ، ثم قوّى هذا الاحتمال واستدلّ عليه بوجهين : أحدهما يرجع إلى نفي المقتضي لاعتبار خصوص الاذن السابق ، والآخر يرجع إلى وجود الدليل على عدم اعتباره .

أمّا الوجه الأوّل فحاصله : أنّ ما دلّ عليه المخصص إنّما هو نفي استقلال العبد

⇐ المذكورة أيضاً ، وقد ذكره في الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٤ ح١ وإليك نصّه :

محمّد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن عمر بن أُذينة عن زرارة ، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : « سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده فقال : ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه وإن شاء فرّق بينهما ، قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له فقال أبو جعفر (عليه السلام) : إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ، فإذا أجاز فهو له جائز » .

ورواه الصدوق باسناده عن ابن بكير ، عن زرارة . [الفقيه ٣ : ٣٥٠ / ١٦٧٥ ورواه الشيخ أيضاً في التهذيب ٧ : ٣٥١ / ١٤٣٢] .

في التصرف وعدم نفوذه في نفسه من دون ضميمة لا مطلقاً ولو لحقه إجازة السيد ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورده وهو لحوق الاجازة إلى عموم دليل **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** .

وأورد عليه المحقق النائيني[1] بعدم الاجمال في المخصص ، فانّ المأخوذ في الرواية عنوان الاذن ، حيث قال (عليه السلام) : « لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا باذن سيّده » والاذن ظاهر في الاذن المقارن .

وفيه أوّلاً : أنّ الظاهر أنّ المصنّف ناظر في المخصص إلى الآية لا الرواية ، لما عرفت من أنّ الرواية أجنبية عن إنشاء العبد للغير ، وإنّما هي واردة في نكاح العبد لنفسه أو طلاقه زوجته ، فلا تعم الانشاء المجرد أصلاً ، وليس في الآية عنوان الاذن ليدّعي ظهوره في المقارن .

وثانياً : لو تنزّلنا عن ذلك فلم يظهر لنا ظهور الاذن في المقارن ، بل كل من الاجازة والاذن يستعمل في الرضا السابق والمقارن واللاحق ، فإذا فرضنا أنّ أحداً غصب دار غيره مدّة وتصرف فيها ثمّ رضي به المالك يصح أن يقول : أجزت تصرفاته ، أو يقول : أذنت فيها .

وبعبارة أُخرى : قوله (عليه السلام) « لا يجوز » في الرواية قرينة على أنّ المراد بالنكاح والطلاق إنّما هو المنشأ لا الانشاء ، فانّ المنشأ هو القابل للجواز وعدم الجواز ، لقابليته للبقاء دون الانشاء ، وعليه فانّ المنشأ قد لا يكون مقروناً بالاذن أصلاً وقد يكون مقروناً بالاذن السابق ، وربما يكون مقروناً بالاجازة اللاحقة فنفى الجواز عمّا ليس مقروناً بالاذن أصلاً وأثبته للمقرون باذن ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً .

---

(١) منية الطالب ١ : ٤٣٠ .

وأمّا الوجه الثاني الراجع إلى وجود الدليل على نفي اعتبار خصوص الاذن السابق فقرّبه بوجهين :

الأوّل : أنّ الاذن في الرواية أعم من الاجازة اللاحقة ، لأنّه ذكر فيها النكاح ، ولا إشكال في نفوذ نكاح العبد إذا لحقه إجازة سيّده ، فيكون ذلك قرينة على إرادة الأعم من الاذن .

وأورد عليه الميرزا[1] بايراد متين ، وحاصله : عدم كون النكاح في الرواية [قرينة على أنّ المراد من الاذن] هو الأعم ، وإلّا فلِمَ لا ينعكس الأمر ويقال : إنّ الطلاق المذكور في الرواية وعدم نفوذه بالاجازة اللاحقة إجماعي ، فيكون هذا قرينة على أنّ المراد من الاذن هو خصوص الاذن السابق ، فهذا الوجه غير تامّ .

وحاصل الكلام : أنّه بناءً على توقف مجرد إنشاء العبد على إذن السيّد يقع الكلام في أنّه إذا أنشأ عن غيره بدون إذن سيّده فأجازه السيد بعد ذلك هل يكون إنشاؤه قابلاً للحوق الرضا أم لا ؟ احتمل المصنف أوّلاً المنع من جهة عدم تعلّق حقّ السيّد بمضمون العقد ـ أعني المنشأ ـ ليكون قابلاً للاجازة ، لعدم كون العوضين متعلّقاً لحقّه ، وإنّما تعلّق حقّه بمجرد الانشاء ، وليس هو قابلاً للاجازة لعدم البقاء فيه والاستمرار .

ثمّ قوّى قابليته للحوق الاجازة وأفاد في وجهه وجهين : **الأوّل** : وهو ما يرجع إلى منع المقتضي عن اعتبار أزيد من الاذن في الجملة ، وحاصله : أنّ مقتضى عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** صحة إنشاء العبد مطلقاً ، خرج عنه بمقتضى قوله تعالى : **﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾** الدال على نفي استقلال العبد في التصرف حتى الانشاء على الفرض واحتياجه إلى إذن السيد ، ما إذا لم يكن إنشاؤه مقروناً بالرضا رأساً لا

---

(١) منية الطالب ١ : ٤٣٠ .

سابقاً ولا لاحقاً ، وبما أنّه مجمل بالاضافة إلى إنشائه الملحوق باجازة السيد يرجع فيه إلى عموم العام ويحكم بصحته .

وهذا الوجه وإن كان تاماً من حيث الحكم الفرعي إلّا أنّه ليس جواباً عن الاشكال ، فالمصنف (قدّس سرّه) وإن بيّن الحكم الفقهي إلّا أنّه لم يجب عن الاشكال ـ أعني [عدم كون] انشاء العبد قابلاً للاجازة ـ فنقول في حلّه : إنّ الانشاء ليس إلّا ابرازاً للاعتبار ، ولا يترتّب عليه بما هو إنشاء أثر أصلاً ، وإنّما الأثر مترتّب على المنشأ ـ أعني مضمون العقد ـ والاعتبار النفساني ، لكن لا مطلقاً بل بما أنّه مبرز فنفس الانشاء حيث لا يترتّب عليه الأثر لا معنى للحوق الاجازة به ، بل لابدّ وأن يلحق الاجازة بمضمون العقد . وتوهم [عدم] كونه متعلّقاً لحق مالك العبد لعدم كونه مالكاً للعوضين ممنوع ، فانّ تعلّق الحق بمضمون العقد لا ينحصر بما إذا كان ذو الحق مالكاً لأحد العوضين ، بل يثبت الحق لمالك العبد متعلّقاً بمضمون العقد الذي أنشأه مملوكه من حيث كونه مبرَز مملوكه .

وبعبارة اُخرى : ما اعتبره العبد في مقام الانشاء هو متعلّق لحقّ مالكه ويتعلّق به الاجازة ، وهو أمر له البقاء والاستمرار ، ويؤكّده إسناد الجواز وعدمه في الروايتين إلى نفس الطلاق والنكاح ، وقوله (عليه السلام) « أفشيء الطلاق »[1] وهو ظاهر في حقيقة العقد أو الايقاع الخاص ، ولم يسند شيء من ذلك إلى الانشاء فالاشكال مندفع من أصله . ونظيره اعتبار اجازة العمّة والخالة في تزويج بنت أخيها أو بنت اُختها ، فانّها تتعلق بمضمون العقد وواقع الزوجية لا بالانشاء السابق ، ولذا صحّحنا فيها الاجازة اللاحقة ولم نعتبر في صحته الاذن السابق منها .

وأمّا الوجه الثاني الذي ذكره المصنف الراجع إلى إقامة الدليل على كفاية

---

(١) الوسائل ٢٢ : ١٠١ / أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٥ ح ١ .

الاجازة المتأخّرة فقد عرفت أنّه (قدّس سرّه) قرّبه بوجهين : أمّا الوجه الأوّل فقد تقدّم الكلام فيه فلا نعيده . وأمّا الوجه الثاني فهو التمسك بالروايات الواردة في تزويج العبد لنفسه من وجهين : أحدهما قوله (عليه السلام) فيها « فإذا أجازه فهو له جائز »[١] ومقتضاه صحة تزويج العبد لنفسه ولو كان هو المنشيء للعقد .

وبعبارة أُخرى : تزويج العبد لنفسه غير نافذ لأنّه تصرف في مملوك المولى ولو كان المنشئ للعقد شخصاً آخر ، وإنشاؤه للعقد غير نافذ ولو كان التزويج لشخص آخر ، وقد اجتمع كلتا الجهتين في مورد الرواية فحكم فيها بالصحة إذا لحقت الاجازة ، فيستفاد منها لحوق الاجازة بانشاء العبد أيضاً .

وببيان ثالث : كل من تصرف العبد في نفسه وإنشائه العقد ممنوع عنه وضعاً واجتمعا في تزويج العبد لنفسه ، ففيه جهتان لعدم النفوذ ومع ذلك حكم الامام (عليه السلام) بصحته إذا لحقته الاجازة ، فإذا لم يكن في البين إلّا جهة واحدة ـ بأن أنشأ العبد النكاح لغيره ـ كان أولى بالصحة إذا لحقته إجازة المالك .

وقد أورد عليه الميرزا[٢] بما حاصله : أنّ لحوق الاجازة بانشاء العبد بنحو المعنى الحرفي ، أي تبعاً لاجازة مضمون العقد لا يستلزم لحوقها إليه بنحو المعنى الاسمي ـ أي مستقلاً ـ .

وفيه : أنّا لم نفهم المراد من المعنى الحرفي والاسمي في المقام ، فانّ الانشاء معنى حرفي دائماً ، غاية الأمر في مورد الرواية يكون إجازته بالدلالة الالتزامية ، فانّ إجازة التزويج يستلزم إجازة الانشاء أيضاً ، وفي غيره يكون لحوق الاجازة به بالمطابقة ، فإذا كان قابلاً للحوق الاجازة لا يفرّق فيه بين كونه بالمطابقة أو

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ .

(٢) منية الطالب ١ : ٤٣١ .

بالالتزام ، إلّا أن أصل استدلال المصنف بترك الاستفصال فاسد ، وذلك لأنّه (عليه السلام) قال : « إذا أجاز جاز » وتختص الاجازة بما يكون قابلاً ، فإذا فرضنا عدم قابلية تزويج العبد لنفسه إذا كان بانشائه للحوق الاجازة ، لا يعمّه إطلاق الرواية ويختص بالصورة الأُخرى ، أعني ما إذا كان تزويجه لنفسه بانشاء غيره .

وبعبارة أُخرى : لو ورد نص بالخصوص على لحوق الاجازة بتزويج العبد فيما إذا كان هو المنشئ لرفعنا اليد عن الاشكال بسبب التعبّد ، وأمّا إذا لم يكن في البين إلّا إطلاق متوقف على جريان مقدمات الحكمة فنفس ما بنينا عليه من استحالة لحوق الاجازة بالانشاء كافٍ في عدم تمامية المقدمات ، فلا يتحقق الاطلاق .

الوجه الثاني : تمسكه بذيل بعض الروايات ، وهو قوله (عليه السلام) : « إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده » فانّه (عليه السلام) في مقام تعليم الاستدلال والرد على بعض العامة القائل بفساد إنشاء العبد بعد لحوق الاجازة كابراهيم النخعي ، بيّن كبرى كلّية ، وهي أنّ المنع إن كان من جهة عصيان من لا يبدّل عصيانه بالرضا لاستحالة البداء في حقّه ـ كما في المحرّمات الذاتية كالتزويج بالمحارم أو في العدّة ـ لا يصحّ الاجازة ، وأمّا إن كان من جهة عصيان من يمكن البداء في حقّه وتبدّله بالرضا ـ كما في عصيان المولى العرفي فانّ الإنسان كثيراً ما لا يرضى بشيء ثم يبدو له فيرضى به ويراه صلاحاً لنفسه ـ فيصح بلحوق الاجازة ، وهذه الكبرى الكلية تنطبق على إنشاء العبد عن غيره ، فانّه ليس من المحرّمات الذاتية ، بل المنع عنه إنّما هو من جهة عصيان السيد فيرتفع إذا تبدل بالرضا .

ويرد على هذا الوجه الايراد المتقدم والجواب المتقدم ، كما يردّ الاستدلال ما ذكرناه من اختصاص ذلك بما هو قابل للانقلاب والتبدّل ، فإذا فرضنا أنّ الانشاء يوجد وينعدم ولا بقاء له ويستحيل تبدّل العصيان فيه بالرضا فلا محالة يكون

خارجاً عن هذه الكبرى .

فتحصّل من جميع ما ذكرنا : أنّ إنشاء العبد لا يتوقّف على إذن السيد أصلاً وعلى تقدير توقّفه عليه فينفذ بلحوق الاجازة ، والاشكال يندفع بأنّها تتعلّق بمضمون العقد ـ أعني ما أنشأه العبد ـ لا بنفس الانشاء بما هو ، وهو أمر مستمر قابل لذلك .

فذلكة البحث ونتيجة ما تقدّم بنحو الاجمال : هو أنّ دليل المنع عن تصرف العبد بدون إذن سيّده أمران :

أحدهما : الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : ﴿**لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾ ولا يصح أن يراد به نفي القدرة تكليفاً ، بداهة جواز كثير من أفعاله اليسيرة الضرورية وعدم توقفه على إذن سيده ، فلابدّ وأن يراد به نفي القدرة الوضعية ـ أي النفوذ ـ وحينئذ ينحصر موردها بما يكون قابلاً للنفوذ وعدمه ، فلا يعم إنشاءه للغير ، فانّ الإنشاء بما أنّه إنشاء لا يترتّب عليه الأثر ليكون قابلاً للنفوذ ، كما أنّ مقتضى أخذ عنوان المملوك في الآية اختصاصها بما يكون رفع الأثر عنه معلولاً للمملوكية فلا يعمّ تصرفه في أموال مولاه ، فيخرج وكالته في الإنشاء من الغير عن مورد الآية لكون المراد من نفي القدرة القدرة الوضعية بمعنى النفوذ ، كما أنّ تصرّفه في أموال المولى يخرج عن الآية ، لظهور أخذ المملوك في العلّية ، وهذا مراد المصنف من إجمال المخصص والرجوع إلى العمومات .

ثانيهما : قوله (عليه السلام) : « المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا باذن سيده » الحديث[1] وظاهر النكاح والطلاق هو نكاح العبد لنفسه وطلاقه لنفسه وهو تصرف في نفس العبد ولا ربط له بانشائه للغير ، وعلى فرض التنزّل وشمول

---

(١) الوسائل ٢٢ : ١٠١ / أبواب مقدّمات الطلاق ب ٤٥ ح ١ .

قوله (قدّس سرّه) : لو أمر العبد آمر أن يشتري[١].

ذلك لانشائه ـ ولو للغير ـ وظهور الاذن في الاذن السابق لابدّ من رفع اليد عنه ، لا لما ذكره المصنف من قرينية ما دلّ على لحوق الاجازة بنكاح العبد بدون إذن مولاه على أنّ المراد بالاذن في الرواية أعم من السابق واللاحق ، بل لحكومة قوله (عليه السلام) « إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز جاز » وعليه فانّ هذه الكبرى الكلّية ناظرة إلى نكاح العبد بدون إذن السيد سابقاً ، وقد حكم فيها بقابليته للحوق الاجازة إذا لم يكن عصياناً له تعالى غير قابل لتبدّله بالرضا ، ولو لم يكن إجماع على عدم لحوق الاجازة بالايقاعات لقلنا بصحة طلاقه أيضاً بالاجازة اللاحقة ، فلا دليل على اعتبار خصوص الاذن السابق في صحّة انشاء العبد أصلاً .

ثم كان المناسب أن يتعرّض المصنف لبيان أنّ إجازة السيد تكون كاشفة أو ناقلة ، فنقول : أمّا لو قلنا بالكشف الحكمي على القاعدة وأنّه مقتضى تعلّق الاجازة بالعقد السابق فنقول به في المقام أيضاً ، وأمّا لو قلنا بالكشف الحقيقي وأنّ المعتبر في صحة العقد تعقّبه بالرضا والاجازة ، فحيث إنّه على خلاف القاعدة فلابدّ من القول بالنقل في المقام ، لأصالة عدم حصول الأثر إلى زمان تحقق الاجازة .

(١) حاصل هذا الفرع : أنّه لو أمر العبد آمر بشراء نفسه من مولاه أو بغير الشراء من بقية العقود ففعل فهل يصح ذلك أم لا ؟ حكى المصنف[١] بعد ما قوّى الصحة البطلان عن القاضي ، وقد استدلّ عليه بوجهين :

الأوّل : استلزامه اتّحاد الموجب والقابل ، لأنّ العبد بمنزلة المالك .

وفيه : أنّه أوّلاً لم نعثر على ما يدلّ على اعتبار تعدد الموجب والقابل ، فلا

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٤٣ .

مانع من كون شخص واحد وكيلاً عن البائع والمشتري ، فأوجب العقد وقبله . وثانياً : لا إشكال في أنّ العبد شخص مغاير للمالك ، فهما شخصان لا شخص واحد ولا معنى لكونه بمنزلة المالك .

الثاني : أنّه يعتبر في صحة العقد وجدان كل من الموجب والقابل لشرائط العقد من آن الشروع في العقد إلى حين انتهائه ، ومن الواضح أنّ العبد ليس واجداً لشرط وهو إذن السيد حين تحقق الايجاب ، فانّ الاذن في الانشاء إنّما يحصل له بالايجاب بالدلالة الالتزامية ، فحين الايجاب ليس قابلاً للقبول .

وفيه : أوّلاً : أنّا لا نسلّم اعتبار ذلك كما مر في شرائط المتعاقدين وسيأتي إن شاء الله تعالى ، وعلى فرض التسليم إنّما نسلّم اعتبار البقاء في الشرائط التي تكون دخيلة في صحة مجموع العقد لا في خصوص الموجب أو القابل كبقاء المال في ملك الموجب مثلاً ، فإذا فرضنا ـ بعد الايجاب وقبل القبول ـ خروج المال عن ملك الموجب ببيع وكيله المال لشخص آخر يبطل بيع المالك ، وأمّا ما يعتبر في الموجب أو القابل فإنّما يعتبر فيه ما دام موجباً أو قابلاً لا قبله ولا بعده ، مثلاً إذا جنّ الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو أُغمي عليه صح البيع بعد لحوق القبول إلى الايجاب وهكذا لا يعتبر أن يكون القابل واجداً لما يعتبر في القبول إلّا حين القبول لا سابقاً عليه ومن حين الايجاب ، ومن الظاهر أنّ العبد يكون واجداً لشرط القبول حين إنشائه ولو لم يكن واجداً له حين الايجاب . ثمّ على فرض التنزّل أيضاً لا وجه للبطلان ، بل يصح لحوق الاجازة كما عرفت ، اللهم إلّا أن يراد بالبطلان هذا المعنى .

هذا كلّه إذا أمر بالشراء من المالك ، وأمّا إذا أمره بالشراء من وكيل المالك فان كان الوكيل مفوّضاً ـ حتى في إذن العبد في شراء نفسه ـ فحاله حال المالك يجري فيه ما ذكرناه ، وأمّا إذا كان وكيلاً في خصوص البيع فلا محالة يكون إنشاء العبد للقبول بدون إذن المالك فيتوقّف على إجازة المالك .

قوله (قدّس سرّه) **: ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين**[١]**.**

بيع الفضولي

اشتراط كون المتعاقدين مالكين أو مأذونين .

(١) تارة يكون العقد صادراً من المالك ـ أي من له السلطنة على العقد ، سواء كان مالكاً أو مأذوناً ـ وهذا لا إشكال في صحته من هذه الجهة . واُخرى يكون صادراً من غير المالك من دون أن يلحقه الاجازة لاحقاً ، وهذا لا إشكال في فساده ، وهناك وسط بينهما بأن يكون العقد صادراً من غير المالك إلّا أنّه تلحقه الاجازة ، وهذا هو مورد البحث في هذه المسألة .

ثمّ إنّ المصنّف[١] تعرّض قبل الشروع في البحث لبيان أمرين أحدهما : دخول الايقاعات في البحث ، أعني جريان الفضولي في الايقاعات وصحتها بلحوق الاجازة وعدمه . ثانيهما : أنّ عقد الفضولي إذا كان مقروناً برضا المالك من دون مبرز ـ سواء علم به العاقد من الخارج أو لم يعلم به ـ يكون خارجاً عن الفضولي ولا يحتاج إلى الاجازة ، بحيث يجب على المالك بينه وبين الله إذا كان راضياً بالعقد حين تحققه تنفيذه أو يحتاج إلى الاجازة أيضاً .

أمّا الأمر الأوّل : فدخول الايقاعات في الفضولي مبني على كون صحة عقد الفضولي على القاعدة وعدمه . فان قلنا بأنّ صحّته على القاعدة بمقتضى عموم

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٤٦ .

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهي العهود كما هو الصحيح ، فلا محالة لابدّ وأن يكون إخراج الايقاعات عنها بالدليل ، ولم يقم دليل على ذلك سوى الاجماع المنقول في غاية المراد(١) على بطلان الفضولي في الايقاعات .

وفيه : أنّه قد ذكرنا في محلّه عدم حجّية نقل الاجماع خصوصاً إذا لم يكن متكرّراً ، فانّ الظاهر أنّ ناقل الاجماع في المقام منحصر بغاية المراد فانّه موهن لصحة النقل ، وعلى فرض حصول الاتّفاق فالظاهر أنّ مورده خصوص العتق والطلاق فلا يعمّ سائر الايقاعات كالابراء ونحوه . مضافاً إلى احتمال استنادهم إلى ما ورد في الطلاق من قوله (صلّى الله عليه وآله) « الطلاق بيد من أخذ بالساق »(٢) وقوله (عليه السلام) في العتق « لا عتق إلّا في الملك »(٣) ولا دلالة لشيء من ذلك على اعتبار الاذن السابق ، فانّه نظير ما ورد في البيع من أنّه « لا بيع إلّا في ملك »(٤).

وبالجملة : فبناء على صحّة الفضولي على القاعدة الظاهر صحة الايقاع الفضولي أيضاً حتى الطلاق والعتق ، وأمّا بناءً على كون صحّته على خلاف القاعدة بمقتضى النص ، فالايقاعات وإن كانت خارجة لعدم ورود نص فيها ، إلّا أنّ لازم ذلك عدم صحّة الفضولي في جملة من العقود أيضاً كالهبة والاجارة ، لاختصاص النص بالنكاح والبيع ، فالتعدّي لا وجه له .

وأمّا الأمر الثاني : فظاهر المصنّف صحة العقد الفضولي إذا كان مقترناً مع رضا المالك وطيب نفسه وعدم احتياجه إلى لحوق الاجازة ، واستدلّ عليه بوجوه :

---

(١) غاية المراد ٣ : ٣٧ .

(٢) المستدرك ١٥ : ٣٠٦ كتاب الطلاق أبواب مقدّماته وشرائطه ب٢٥ ح٣ .

(٣) الوسائل ٢٣ : ١٥ / كتاب العتق ب٥ ح١ ، ٢ ، ٦ (مع اختلاف يسير) .

(٤) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٣ .

الأوّل عموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[(١)]. الثاني : قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[(٢)]. الثالث : قوله (عليه السلام) « لا يحل مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»[(٣)] فانّ الرضا وطيب النفس موجود على الفرض . الرابع : رواية عروة البارقي[(٤)]، فانّ انشاء العقد على مال الغير بدون إذنه وإن لم يكن ممنوعاً منه إلّا أنّ قبضه وإقباضه لا يحل بدون الرضا المقارن وإلّا فيكون حراماً ، وتقريره (صلّى الله عليه وآله وسلّم) لفعل عروة يدل على كفاية الرضا المقارن . الخامس : ما ورد في نكاح العبد وسكوت مولاه[(٥)] وهكذا ما ورد في سكوت البكر وانّه رضا منها[(٦)].

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف يسير) .

(٤) المستدرك ١٤ : ٢٤٥ / كتاب التجارة ب١٨ ح١ .

(٥) عقد في الوسائل باباً لهذه المسألة نقل فيها ثلاثة أحاديث وإليك بعضها :

محمّد بن يعقوب ، عن محمّد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن علي بن الحكم عن معاوية ابن وهب قال : « جاء رجل إلى أبي عبدالله (عليه السلام) فقال : إنّي كنت مملوكاً لقوم وإنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ ثمّ أعتقوني بعد ذلك ، فأُجدّد نكاحي إيّاها حين أعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ . فقال : نعم وسكتوا عنّي ولم يغيّروا عليّ ، قال فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . اثبت على نكاحك الأوّل » . [الوسائل ٢٦ : ١١٧ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٦ ح١] .

(٦) ذكر في الوسائل روايات ثلاث دلّت على كفاية سكوت البكر على نحو يظهر منه عدم الكراهة في استيذانها ، وإليك بعضها :

محمّد بن يعقوب ، عن محمّد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : قال أبو الحسن (عليه السلام) : « في المرأة البكر إذنها صماتها ، والثيّب أمرها إليها » . [الوسائل ٢٠ : ٢٧٤ / أبواب عقد النكاح ب٥ ح١] .

ثم انّه (قدّس سرّه) ذكر أنّه لو أُشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له ، ولكن الميرزا[١] ناقش في كفاية الرضا المقارن مطلقاً ، وأصرّ في الانكار على المصنف ، ونقول : الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان العقد مستنداً إلى من يعتبر استناده إليه مع قطع النظر عن الرضا والاجازة ، وما إذا كان استناده إليه غير ثابت وأُريد إثباته بالرضا المقارن ، فيكفي الرضا وطيب النفس في الأوّل دون الثاني . أمّا عدم الكفاية في الثاني فلفساد استدلال المصنف بالوجوه المتقدّمة :

أمّا الوجه الأوّل : فيردّه ما ذكرناه من أنّه خطاب إلى العاقدين ، ولا يكون العقد عقد المالك ولا يستند إليه بمجرد رضاه ما لم يجزه لاحقاً أو يأذن فيه سابقاً .

وأمّا الوجه الثاني : فكذلك يردّه أن التجارة والتكسّب لا يصدق إلّا بعد الإذن ، ولا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره أنّه اتجر أو تكسّب .

وبهذا يظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى : ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٢] لو استدل به أحد ، فانّ موضوعه أيضاً هو البيع المستند إلى المالك .

وأمّا حديث « لا يحل » وتخيّل بعض المحشّين أنه آية توهّماً من عطف المصنف فزعم أنّه معطوف على قوله تعالى ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وهو ظاهر الفساد ، ففيه : أنّ الحل لو أُريد به الحل التكليفي فهو خارج عن محل الكلام ، لأنّه ليس بحثنا في جواز إيقاع الانشاء على مال الغير تكليفاً برضاه أو بدونه فانّه أمر واضح ، وإن أُريد به الأعم ـ كما هو الظاهر ، لأن الحل بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل السد ـ فيرد

(١) منية الطالب ٢ : ٣ .

(٢) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

عليه ما ذكرناه في مبحث المفاهيم من الأُصول[1] ردّاً على أبي حنيفة، حيث استدلّ على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله (عليه السلام) « لا صلاة إلّا بطهور » و « لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب » وقلنا إنّه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً كقوله: جاء القوم إلّا زيداً ليدلّ على الحصر، وإنّما هي صورة استثناء وفي الحقيقة إشارة إلى الشرطية أو الجزئية.

وبعبارة أُخرى: لسان هذه التراكيب لبيان النفي ـ أي نفي الصحة ـ عند فقدان القيد لا الاثبات، أعني كفايته في الصحة وكونه علّة تامّة لها، فمعنى قوله (عليه السلام) « لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب » اعتبارها فيها، لا أنّ حقيقة الصلاة هي القراءة أو الطهور ليدلّ على الحصر، والنبوي أيضاً من هذا القبيل ليس فيه دلالة على الحصر بل غاية مفاده اعتبار طيب النفس في الحل، وأمّا كون الحل به فقط فلا يستفاد منه فلا ينافيه اعتبار الاستئذان بدليل.

وأمّا رواية عروة فيحتمل أن تكون أجنبية عن الفضولي رأساً وكونه وكيلاً مفوّضاً من قبل النبي (صلّى الله عليه وآله وسلّم) لأنّها واردة في قضية شخصية. وثانياً: ما يستفاد منها إنّما هو كفاية الرضا في التصرفات الخارجية من القبض والاقباض ولا إشكال في كفاية الرضا الباطني فيها، وإنّما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتبارية ولا دلالة فيها على ذلك.

وأمّا ما تمسك به (قدّس سرّه) ممّا دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، وهكذا ما ورد في سكوت الباكر، ففيه: أمّا سكوت الباكر فلا يبعد أن يكون كاشفاً عرفياً عن الرضا، فانّها لعفّتها تخجل عن التصريح فتسكت وإلّا فمن أين يستكشف رضاها، وعليه فلا ربط له بالمقام. وأمّا سكوت المولى فيمكن أيضاً

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦): ٢٩٢.

قوله (قدّس سرّه) **: مع أنّ كلمات الأصحاب**(١).

قوله (قدّس سرّه) **: لو سلّم كونه فضولياً**(٢).

كونه كاشفاً عرفياً ويكون إذناً منه ، ومع التنزّل لابدّ من الاقتصار على مورد الرواية وما يكون من قبيله ، أي العقود التي يكون الاستناد فيها متحققاً مع قطع النظر عن الرضا كالتزويج ببنت أخي الزوجة أو ببنت أُختها ، فانّ استناد العقد إلى الزوج موجود ، وإنّما اعتبر فيه رضا العمّة أو الخالة ، فيكفي طيب نفسها ولو لم يكن مبرزاً ، وهكذا بيع العين المرهونة ، ولا يتعدّى عن ذلك إلى العقد الفاقد للاستناد كبيع الفضولي المقرون بطيب نفس المالك ، فعليه لابدّ من التفصيل بين القسمين كما ذكرناه ، ولا وجه لما ذكره الميرزا (رحمه الله) من اعتبار الاذن أو الاجازة في كلا القسمين .

(١) تمسك (قدّس سرّه) بكلمات بعض العلماء ، واستظهر منها كفاية الرضا المقارن في صحة العقد ، كقولهم في الاستدلال على صحة الفضولي إذا لحقه الرضا : إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك ، وأنّ السكوت لا يكفي في الاجازة لأنّه أعمّ من الرضا .

وفيه أوّلاً : لا يبعد أن يكون مرادهم خصوص الرضا المبرز ، فانّهم ذكروا من جملة شروط العقد الاختيار ، والظاهر أنّ مرادهم بالرضا في المقام هو الاختيار الذي اعتبروه ، وهو عبارة عن الرضا المبرز . **وثانياً :** ليس كلماتهم آية ولا رواية لتكون حجّة يتمسك بها .

(٢) ذكر أنّه ولو سلّم كون عقد الفضولي المقارن لرضا المالك داخلاً في الفضولي موضوعاً إلّا أنّه ليس كل فضولي متوقفاً على الاجازة ، لعدم ثبوت دليل مطلق في المقام ، كما احتمل عدم التوقف على الاجازة في من باع ملك غيره ثمّ

قوله (قدّس سرّه) : مع أنّه يمكن الاكتفاء[١].

ملكه .

وفيه : أنّه إن دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد فالعقد المقرون به لا يكون فضولياً ، وإلّا فلابدّ من الاجازة اللاحقة .

وبعبارة أُخرى : إن قلنا بتحقق الاستناد بمجرد الرضا وشمول عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضولياً ، وإلّا فلابدّ من الاجازة ولا يكفي الرضا المقارن ، ولا واسطة بين الحدّين .

(١) الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آناً ما في الاجازة لا معنى له ، لأنه لو كان مبرزاً يكتفى بتحققه مقارناً للعقد ، وإلّا فلا يكتفى بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفى بالمقارن منه .

ثم إنّه قد يستدل على صحة العقد المقرون برضا المالك بما ورد من قوله (عليه السلام) في الضيعة « لا تشترها إلّا من مالكها أو بأمر منه أو برضاه » حيث قرن الرضا بأمر المالك ، وقد ورد هذا المضمون في روايتين[١] إحداهما لا بأس بها من

---

(١) محمّد بن الحسن ، عن الحسن بن محبوب ، عن العلاء ، عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث قال : « سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل وأهل الأرض يقولون هي أرضهم ، وأهل الاستان يقولون هي من أرضنا ، فقال : لا تشترها إلّا برضا أهلها » .

ورواه الكليني ، عن عدّة من أصحابنا ، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمّد ، عن ابن محبوب .

أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي في كتاب الاحتجاج عن محمد بن عبدالله بن جعفر الحميري أنّه كتب إلى صاحب الزمان (عليه السلام) : « أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب ، للسلطان فيها حصة واكرته ربما زرعوا وتنازعوا في حدودها ، وتؤذيهم ⇐

قوله (قدّس سرّه) : ثم اعلم أنّ الفضولي قد يبيع للمالك(١).

حيث السند ، والظاهر أنّ المصنّف ذكرها في بيع الأراضي الخراجية .

وكيف كان يرد عليه أوّلاً : أنّه لا يبعد أن يراد به الرضا المبرز لا مطلقاً وعلى فرض التنزّل يكون نظير قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(١) وقد ذكر أنّ لسانه النفي دون الاثبات ، ولا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك ، كما لا يستفاد منه الاكتفاء بمجرد أمره ، أو كون الشراء من المالك وعدم اعتبار بقية الشرائط ، وهذا واضح .

(١) ذكر أنّ البحث عن الفضولي يقع في مسائل ثلاث : الأُولى : أن يبيع من لا يملك المبيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه . الثانية : أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه . الثالثة : أن يبيع لغير المالك إمّا لنفسه وإمّا لشخص ثالث .

ومن الظاهر أنّ المسألة الأُولى تكون أساساً للمسألتين الأخيرتين ، فانّه لو قلنا بالفساد في المسألة الأُولى من جهة عدم حدوث البيع مستنداً إلى المالك فلابدّ من القول بالفساد في الثانية والثالثة أيضاً ، لأن تلك الجهة جهة مشتركة بين المسائل

⇐ عمّال السلطان ، وتتعرّض في الكل من غلّات ضيعة ، وليس لها قيمة لخرابها ، وإنّما هي بائرة منذ عشرين سنة ، وهو يتحرّج من شرائها لأنّه يقال : إنّ هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان ، فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً ـ أو صواباً ـ وصلاحاً له وعمارة لضيعته ، وأنّه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة ، وينحسم عن طمع أولياء السلطان ، وإن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله . فأجابه : الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالكها أو بأمره أو رضا منه » . [الوسائل ١٧ : ٣٣٤ ، ٣٣٧ / أبواب عقد البيع ب١ ح٣ ، ٨] .

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

الثلاث ، فالمسألتان الأخيرتان مشتملتان على تلك الجهة مع شيء زائد ، وهو سبق منع المالك في الثانية ووقوع البيع لغير المالك في الثالثة ، فإذا أوجب ذلك فساد البيع في الأُولى لأوجبه فيهما أيضاً ، وأمّا لو قلنا بصحة البيع في المسألة الأُولى لعدم استلزام عدم استناد البيع حدوثاً إلى المالك الفساد ، فيكون للبحث عن المسألتين الأخيرتين مجال ، فيبحث عن أنّ سبق المنع من المالك يوجب الفساد أم لا ؟ وعن أنّ قصد وقوع البيع لغير المالك الذي هو منافٍ لمقتضى العقد يوجب الفساد أم لا ؟

بيع الفضولي للمالك

أمّا المسألة الأُولى : فهي المتيقّن من مورد الحكم بصحة الفضولي كما ذكره المصنف (رحمه الله)[1] والمشهور بين القدماء فيها هو الصحة ، وقد خالف فيها بعض المتأخّرين كالأردبيلي[2] والسيد الداماد[3]، ويدل على صحته عموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4] وإطلاق قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[5]، فانّا ذكرنا أنّ الخطاب فيهما إلى الملّاك لا إلى غيرهم ، فلابدّ وأن يكون البيع مستنداً إلى المالك ليعمّه العموم أو الاطلاق ، إلّا أنّه لا يختص بما إذا كان العقد مستنداً إلى المالك حدوثاً ، بل يعم ما إذا كان مستنداً إليه ولو بقاء ، ومن الظاهر أنّ التصرفات الاعتبارية ليست كالأفعال الخارجية التي لا تستند إلى غير الفاعل بالاذن ولا بالاجازة كالأكل أو

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٤٩ .

(٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٥٨ .

(٣) ضوابط الرضاع (كلمات المحققين) : ٥٦ .

(٤) المائدة ٥ : ١ .

(٥) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

قوله (قدّس سرّه) : بقضية عروة البارقي(١).

الشرب فانّه لا يكون أكل الآذن لاذنه فيه ، بل هي قابلة للاستناد إلى المالك إمّا حدوثاً كما في عقد الوكيل وإمّا بقاءً كما في العقد الفضولي إذا لحقه إجازة المالك ، فانّه أمر له استمرار وبقاء قابل للحوق الاجازة به ، فيكون بقاءً عقد المالك ، فيعمّه العموم والاطلاق .

والظاهر أنّ هذا مراد المصنف من قوله : وهو مدفوع بالأصل ، أي الأصل اللفظي ، أعني أصالة العموم أو أصالة الاطلاق لا الأصل العملي ، إذ ليس في المقام أصل عملي يقتضي نفي اعتبار مقارنة الاذن للعقد ، بل الأصل العملي يقتضي الفساد .

وبالجملة : فنفس العموم أو الاطلاق كافٍ في صحة العقد الفضولي إذا لحقه الاجازة من دون حاجة إلى التمسك بدليل خاص .

(١) استدل على صحة الفضولي بروايتين : إحداهما رواية عروة البارقي(١) فانّ بيعه كان فضولياً بلا إشكال كما أفاد المصنف(٢)، ويحتمل كون شرائه أيضاً فضولياً ، فانّ ما أذن النبي (صلّى الله عليه وآله) فيه إنّما كان شراء شاة واحدة لا شاتين ، فشراؤهما يكون فضولياً لا محالة .

وقد أُجيب عنه : بأنّ المأذون فيه إنّما كان شراء طبيعي الشاة لا خصوص الواحدة كما ذكره السيد في حاشيته(٣)، ولكن الظاهر أنّ المأذون فيه إنّما كان الشاة الواحدة للأُضحية لا جنس الشاة ، إلّا أنّه مع ذلك لم يكن الشراء فضولياً ، لأنّ

---

(١) المستدرك ١٤ : ٢٤٥ / كتاب التجارة ب١٨ ح١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٥١ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٣٥ .

شراء الشاة الواحدة بدينار كان مأذوناً فيه بالمطابقة وشراء الشاتين بدينار بالالتزام أو بالأولوية فتأمّل ، فالشراء لم يكن فضولياً .

وقد ذكر المصنف أنّ الاستدلال بها مبني على أن يكون العقد المقرون برضا المالك داخلاً في الفضولي ، لأنّ ظاهر تقرير النبي (صلّى الله عليه وآله) أنّ قبض عروة وإقباضه لم يكن حراماً ، فلابدّ إمّا من الالتزام باقتران البيع والقبض والاقباض برضا المالك ، أو القول بجواز التصرف في البيع الفضولي إذا علم عروة بلحوق الاجازة أو علم برضا النبي باقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن ، وكون دفع الثمن من المشتري على نحو استئمان البائع ، ثمّ اختار أنّ الظاهر هو الأول ، فيكون الاستدلال بها مبنيّاً على ما ذكره .

ونقول : يرد على الاستدلال بهذه الرواية :

أوّلاً : انّها ضعيفة السند لأنّها عامية مروية من طرقهم ، ولم يعلم استناد الأصحاب إليها ، فانّهم وإن ذكروها في مقام الاستدلال على صحة عقد الفضولي من الشيخ(١) ومن تأخّر عنه ، إلّا أنّ اعتمادهم عليها في مقام العمل والفتوى غير ثابت ، لأنّهم ذكروها في جملة الأدلّة ، وكثيراً ما تذكر رواية عامية في ضمن الأدلّة للتأييد ونحوه من غير اعتماد عليها .

وثانياً : أنّها قضية خارجية ، ومن المحتمل أنّ عروة كان وكيلاً مفوّضاً من قبل النبي (صلّى الله عليه وآله) ففعله خارج عن الفضولي .

ثانيتهما : صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (عليه السلام) قال : « قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاماً فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر

---

(١) راجع النهاية : ٣٨٥ .

فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال (عليه السلام) : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلمّا رآه أبوه قال له : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك حتّى ترسل ابني فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز البيع »(١).

وقد استدل بها على صحة الفضولي بالاجازة ، وهي من حيث السند صحيحة لا بأس بها ، وإنّما الكلام في دلالتها ، فانّه ربما يقال : إنّها غير معمول بها في موردها ـ وهو الاجازة بعد الرد ـ فانّها فاسدة إجماعاً ، فلابدّ من ردّ علمها إلى أهلها ، والشاهد على الرد فيها أُمور ثلاثة : الأول أخذ الوليدة وابنها ، بل وحكمه (عليه السلام) به على نحو الاطلاق ، فانّه ظاهر في رد البيع عرفاً . الثاني : مخاصمته إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) ولا معنى له لولا الردّ . الثالث : مناشدة المشتري له (عليه السلام) ، فانّه أيضاً ظاهر في ردّ البائع وأنّ المشتري طلب من الامام (عليه السلام) علاجاً لردّه .

ولكن الظاهر عدم الدلالة في شيء منها على الردّ ، لأنّ الردّ إنّما هو بمعنى حل العقد ، وهو غير الكراهة ، ولابدّ له من مبرز ، وليس أخذ الوليدة وابنها مبرزاً لحل العقد ، بل هو أعمّ منه ، فانّها ما لم يتحقق الاجازة تكون باقية في ملك المالك الأوّل ، فله أن يأخذ ماله حتى يتأمّل في الرد والاجازة ، فان ردّ فهو وإن أجاز يرد المال إلى المشتري ، واطلاق حكمه (عليه السلام) بالأخذ تكون من هذه الجهة . وهكذا المخاصمة فانّها إنّما كانت من جهة بقاء المال على ملك المالك الأول فأراد استنقاذها من المشتري حتى يتأمّل في أنّ صلاحه في الرد أو في الاجازة . وأمّا مناشدة المشتري للامام (عليه السلام) فيمكن أن يكون من جهة علاج عدم الاجازة

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠٣ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح١ (مع اختلاف) .

لا الردّ، فسأل الامام أن يعلّمه طريقاً لأن ينتهي الأمر إلى إجازة المالك، فاذن ليس مورد الرواية الاجازة بعد الردّ.

والحاصل: أنّ الصحيحة ليس فيها أدنى ظهور في أنّ الاجازة بعد الردّ وذلك لأنّ الردّ ليس مجرد عدم الرضا وإنّما هو بمعنى حلّ العقد نظير الفسخ، فلابدّ فيه من مبرز إمّا لفظ صريح أو فعل يكون لازماً مساوياً للردّ، كما أنّ الفسخ بالفعل أيضاً لا يكون إلّا بفعل مساوٍ له، مثلاً إذا باع المالك لنفسه في المجلس ماله لشخص آخر ثانياً فانّه لازم مساوٍ لفسخ البيع الأوّل، وهكذا إذا وطىء الأمة التي باعها في زمان الخيار فانّه مساوٍ للفسخ فيكون فسخاً، وهكذا في الرجوع فانّ النظر إلى المطلّقة بما لا يجوز النظر إليها لغير الزوج أو وطأها يكون لازماً مساوياً للرجوع فيدلّ عليه بالالتزام.

وأمّا إذا لم يكن الفعل لازماً مساوياً لذلك فلا يكون مصداقاً له، وفي الصحيحة ليس شيء من الأفعال الثلاثة لازماً مساوياً للردّ بل كلّها لازم أعمّ له فانّها لازم لعدم الرضا، فليس فيها دلالة التزامية على الردّ. أمّا الأخذ فلأنّه يمكن أن يكون من جهة عدم رضاه بالبيع، وكون الوليدة باقية في ملكه ولا يرضى ببقائها تحت يد الأجنبي، وهكذا المخاصمة. وأمّا مناشدة المشتري فيحتمل أن يكون طلباً لعلاج عدم رضا السيد بالبيع، فليس في هذه الأُمور دلالة على الرد لتكون الاجازة بعد الردّ.

والمصنّف حيث سلّم ظهورها في الردّ قرّب الاستدلال بالصحيحة بوجه آخر وحاصل ما أفاده: هو أنّ الاستدلال ليس بالحكم الشخصي وهو الاجازة بعد الردّ ليكون التعدّي منحصراً بما يساويه في الخصوصيات وهو الاجازة المسبوقة بالردّ والمفروض قيام الاجماع على عدم نفوذها فلا يمكن ذلك، بل الاستدلال يكون بذيل الصحيحة، أعني قوله (عليه السلام) « فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع »

الصريح في صحة بيع الفضولي بلحوق الاجازة ، وإن لم يمكن تطبيق ذلك على مورد الصحيحة .

وفيه : ما لا يخفى ، فانّ الرواية إن كانت مشتملة على عموم أو إطلاق يستفاد منها كبرى كلية ولم يمكننا تطبيقها على المورد أمكن القول بأنّ الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد ، وإنّما يستدلّ بالكبرى الكلّية فيما ليس من قبيل المورد وإن لم يعرف تطبيقها عليه نظير ما ورد في رواية ابن بكير التي سأل فيها الامام عن السنجاب والسنّور والفنك ، فأخرج كتاباً باملاء رسول الله وفيه ما حاصله : « إنّ الصلاة في وبر ما لا يؤكل لحمه وشعره وجلده وكلّ شيء منه غير جائز ولا يقبل الله تلك الصلاة حتّى يصلّيها في غيره ممّا أحلّ الله أكله »[1] فانّ الصلاة في السنجاب جائز قطعاً ، فالكبرى لا تعم موردها ، إلّا أنّه يمكن التمسك بها لغير ذاك المورد .

---

(١) أصل الرواية على ما في الوسائل هكذا :

محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه عن ابن أبي عمير ، عن ابن بكير قال : « سأل زرارة أبا عبدالله (عليه السلام) عن الصلاة في الثعالب والفنك والسنجاب وغيره من الوبر ، فأخرج كتاباً زعم أنّه إملاء رسول الله (صلّى الله عليه وآله) : أنّ الصلاة في وبر كل شيء حرام أكله فالصلاة في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكلّ شيء منه فاسد ، لا تقبل تلك الصلاة حتّى يصلّي في غيره ممّا أحلّ الله أكله . ثمّ قال : يازرارة هذا عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله) فاحفظ ذلك يازرارة فان كان ممّا يؤكل لحمه فالصلاة في وبره وبوله وشعره وروثه وألبانه وكل شيء منه جائز إذا علمت أنّه ذكي وقد ذكّاه الذبح ، وإن كان غير ذلك ممّا قد نهيت عن أكله وحرم عليك أكله فالصلاة في كلّ شيء منه فاسد ، ذكّاه الذبح أو لم يذكّه » [الوسائل ٤ : ٣٤٥ / أبواب لباس المصلّي ب٢ ح١] . والكبرى المذكورة في هذه الرواية إنّما لا تنطبق على موردها ـ أعني السنجاب ـ لو فرض كون السنجاب ممّا يحرم أكله ومع ذلك يجوز الصلاة فيه ، وإلّا فهي منطبقة على موردها كما هو واضح .

وأمّا إذا لم تكن الرواية مشتملة على عموم ولا على إطلاق وإنّما كانت مشتملة على حكم شخصي ولم يكن معمولاً بها في ذاك المورد وأمثاله فليس هناك حكم آخر يتمسك به ، والمقام من هذا القبيل فانّ ما ذكر في الصحيحة ليس إلّا حكم القضية الشخصية ـ أعني بيع الوليدة بتلك الخصوصيات ـ فإذا لم تكن معمولة بها في ذلك المورد وما يساويه ليس فيها عموم أو إطلاق يتمسك به ، هذا .

ولكن عرفت أنّه ليس فيها أدنى ظهور في الرد ، فلا تصل النوبة إلى هذه التطويلات أصلاً ، كما لا مجال حينئذ لما ذكره السيد في حاشيته(١) من التمسك بالصحيحة في موردها والحكم بجواز الاجازة بعد الرد إذا كان فعلياً ، وذلك لأنّ دليل عدم نفوذ الاجازة بعد الرد إنّما هو الاجماع ، وهو دليل لبّي لابدّ من الاقتصار فيه على المتيقّن ، وهو ما إذا كان الردّ قولياً دون ما إذا كان فعليّاً لدلالة هذه الصحيحة على جوازها .

نعم يرد عليه إشكالان :

أحدهما : أنّ ظاهر الصحيحة أنّ المشتري لم يكن عالماً بأنّ البائع ـ وهو ابن السيد ـ فضولي ، لقول السيد : وليدتي باعها إبني بغير اذني ، فانّه مشعر بعدم كون المشتري عالماً بذلك ، كما أنّ عدم تعرض الامام (عليه السلام) لجهة كون المشتري زانياً من إقامة الحد عليه أو طلب الشهود على ذلك أيضاً شاهد على جهله بالحال وأنّه اعتمد على يد ابن المولى ، فانّها أمارة الملكية أو الوكالة إذا علم عدم كونها مالكية ، وعليه فيكون الولد حرّاً لأنّه من الوطء بالشبهة ، وإذا كان حرّاً لا وجه لحكمه (عليه السلام) بأخذه .

وتوهّم أنّ حبس الولد إنّما كان لامتناع المشتري من دفع قيمته إلى السيد

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٣٥ .

فانّه الذي أتلفه عليه فيستحق قيمة مثله يوم الولادة ، كما يظهر من بعض كلمات المصنّف[١] وصرّح به الميرزا[٢] مدفوع أوّلاً : بأنّه لو قلنا بأنّ المديون يحبس إذا تسامح في أداء الدَين فهو الذي يحبس ، ولا وجه لحبس حرّ غيره كالولد مع أنّه ليس بمجرم أصلاً . وثانياً : نفرض إمكان حبس الولد الحر لتسامح والده في أداء دَينه إلّا أنّه عليه لا يكون الامام (عليه السلام) مبيّناً حكم المسألة في الصحيحة ، فانّ حكم السؤال كان أخذ الوليدة وأخذ قيمة الولد ، وأمّا حبسه عند امتناع المشتري من الدفع فهو حكم آخر لم يكن مسؤولاً عنه في الرواية .

ثانيهما : ما بيّنه الامام (عليه السلام) للمشتري من أنه يأخذ ابن السيد ، فانّه أيضاً لا وجه له . وتوهم أنّ حبسه كان من جهة قبضه الثمن ـ كما هو المتعارف في أغلب البيوع الفضولية ـ وإتلافه إيّاه ، مدفوع أوّلاً : بأنّه عليه كان اللازم أن يحكم (عليه السلام) ابتداءً بأنه يطالبه بالثمن وبما يغرمه للسيد من قيمة الولد ، وإذا تسامح عن الدفع يحبسه . وثانياً : أنّه مخالف لقول المشتري عندما طالبه السيد بارسال ابنه « لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل إبني » فانّه صريح في أنّ حبسه لم يكن من جهة دفع الثمن وإنّما كان من جهة أن يجيز السيد البيع ، ولم نعرف لذلك وجهاً ، ولعل القضية لم تنقل بتمامها إلينا وكان فيها خصوصيات تقتضي أخذ الولد ، وكيف ما كان لا يضر عدم فهمنا لذلك بالاستدلال ببقية جملات الصحيحة على صحة الفضولي بالاجازة ، وذلك واضح .

وممّا استدل به على صحة بيع الفضولي قوله (عليه السلام) في نكاح العبد بدون

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٥٤ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٤ .

إذن سيده « إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيده فإذا أجاز جاز »[١] وقد ركن إليه المحقق النائيني[٢] بدعوى أنّ المستفاد منه الكبرى الكلّية وهي أنّ سبب عدم نفوذ العقد إن لم يكن عصيان الله تعالى كالنكاح في العدّة بل كان عدم رضا السيد أو من هو بمنزلة السيد كالمالك ينفذ بلحوق الاجازة منه ، والعصيان في بيع الفضولي ليس إلّا عصيان المالك ، فينفذ إذا أجاز .

وفيه : أنّه إن استند عقد الفضولي إلى المالك بالاجازة اللاحقة ، وشمله عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٣] الذي هو خطاب إلى الملّاك ، فلا حاجة إلى التمسك بهذه الرواية وأمثالها ، وإلّا فلا يمكن الاستدلال بها أيضاً ، لأنّ غاية مفادها إنّما هي كفاية الرضا المتأخّر فيما إذا كان العقد بنفسه مستنداً إلى من يلزم الاستناد إليه ، ولكنّه كان فاقداً لرضا من يعتبر رضاه فيه كما في مورد الرواية فنتعدّى إلى أمثاله كالتزويج بـبنت أخي الزوجة أو بنت أُختها حيث اعتبر رضاها المتأخّر أو الاجازة المتأخّرة .

وبعبارة أُخرى : غاية مفاد الرواية أنّ الاجازة المتأخّرة من السيد تكفي في حصول الرضا ، لا أنّها تكفي في استناد العقد إلى من يلزم استناده إليه .

وممّا استدلّ به على الصحة أيضاً : الأخبار الواردة في إباحة الخمس للشيعة وهي كثيرة : منها ما ورد[٤] في غنائم الحرب وشراء الجواري منها ، فانّها إمّا ملك للامام (عليه السلام) بتمامها إذا لم يكن الحرب باذنه ، وإمّا للامام فيها الخمس إذا كان الحرب باذنه ، وعلى أي تقدير أباح الامام ذلك لشيعته لطيب ولادتهم .

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ (مع اختلاف يسير) .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٥ .

(٣) المائدة ٥ : ١ .

(٤) الوسائل ٩ : ٥٥٢ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ٢٠ .

ومنها : ما ورد[1] في المساكن والمتاجر ، أي ما يشتريه الشيعي ممّن لا يعتقد بالخمس وقد ورد في بعضها ما مضمونه « إنّا ما أنصفناكم إن كلّفناكم اليوم » أي الوقت الذي لم يتمكّنوا من استنقاذ أموالهم من الناس لعدم وصول الخلافة الظاهرية إليهم ، فانّ تكليف الشيعة حينئذ بأداء الخمس ممّا يشترونه من العامّة خلاف الانصاف .

وكيف كان ، هذه الأخبار بعضها صادرة عن مولانا أمير المؤمنين (عليه السلام) وفي بعضها تصريح بعدم اختصاص الاباحة بامام دون إمام ، فيستفاد منها صحة المعاملات الواقعة على أموالهم (عليهم السلام) فضولة وبغير إذنهم .

ونقول : الاستدلال بهذه الأخبار يصح على تقدير ولا يصح على تقدير آخر ، فانّه إن قلنا بخروج العقد عن عنوان الفضولي إذا كان مسبوقاً بالرضا المبرز مع عدم وصوله إلى العاقد فلا محالة تكون مورد هذه الأخبار خارجاً عن الفضولي ، وأمّا إن قلنا بأنّ الخروج عن الفضولية متقوّم باستناد العقد إلى المالك وهو متقوّم بالاذن ـ أعني وصول الرضا المبرز إلى العاقد ولا يكفي في ذلك مجرد الابراز كما لا يكفي فيه الرضا النفساني المجرد عن المبرز ـ فالاباحة في الأخبار تدل على المقصود ، والظاهر هو الثاني ، لأنّ الاستناد إلى غير العاقد إنّما يكون فيما إذا وقع العقد عن إذن المالك ومستنداً إليه ، وأمّا إذا فرض أنّ المالك رضي بالعقد بل وكّل غيره في بيع داره مثلاً وأبرز ذلك لأهله ولكن قبل وصول ذلك إلى الوكيل باع الدار فضولة لعدم مبالاته ، لا يقال عرفاً إنّ المالك باع داره بمجرد رضاه المبرز مع عدم وصوله إلى العاقد ، وعليه يكون شراء ما تعلّق به حق الامام (عليه السلام) أيضاً من الفضولي وتكون الاباحة بمنزلة الاجازة المتأخّرة ، فيمكن التمسك بهذه الأخبار

(١) الوسائل ٩ : ٥٤٥ / أبواب الأنفال ب٤ ح٦ .

على الفضولي .

وممّا يستدلّ به أيضاً ما ذكره المصنف بقوله : وربما يستدل أيضاً بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي الخ[١] وقد ورد في بعض الأخبار صحة تزويج الولي العرفي كالأُمّ لابنه أو الأخ لأخيه أو العم لابن أخيه إلى غير ذلك إذا أجازه الزوج بعد ذلك[٢] ومن الظاهر أن لا خصوصية للولي العرفي ، فلا وجه لما نسب إلى ابن حمزة[٣] من القول بصحة تزويج الولي العرفي كالولي الشرعي ، وعليه فإذا صحّ تمليك البضع بالاجازة اللاحقة مع أهميته ـ لأنّه يكون منه الولد كما صرّح به في بعض الأخبار[٤] وهو أولى بمراعاة الاحتياط فيه ـ فتمليك المال يصح بطريق أولى .

وفيه : أنّ أهمية النكاح من سائر المعاملات غير قابلة للانكار كما صرّح به في جملة من الأخبار ، فانّ قوام العالم به ولذا رغّب فيه الشارع وحذّر عن مقابله وهو الزنا ، إلّا أنّ الكلام في أنّ أهمية المسبّب يوجب التضييق في سببه أو التوسعة فيه ، فانّ المناسب للأمر المهم المرغوب فيه أن يوسّع في سببه ليسهل الوصول إليه لكل أحد ، لا أن يجعل سببه ضيّقاً ، فانّه مناسب للأمر المكروه للشارع ، كالطلاق الذي هو مزيل للنكاح ولذا ضيّق في سببه من جهات ، ألا ترى أنّ سبب النكاح لو خص باللفظ العربي الفصيح باللهجة العربية لما أمكن الوصول إليه لجملة من أهل القرى والبرّ ، بخلاف ما إذا اكتفي بكل لغة . وعليه فالتوسعة في سبب النكاح لا

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٥٦ .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب٧ ح٣ ، والصفحة ٢٩٣ الباب ١٣ ح٣ ، وغيرهما .

(٣) الوسيلة : ٣٠٠ .

(٤) الوسائل ٢٠ : ٢٥٨ / أبواب مقدّمات النكاح ب١٥٧ ح١ ، ٣ .

يستلزم التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية ، ولذا لم يرغّب فيه شرعاً ، فالأولوية ممنوعة .

والمصنف (رحمه الله) بما أنّه مسلّم للأولوية جعلها معارضة بالنص الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بالصحة في الثاني دون الأوّل ، لأنّ المال له العوض بخلاف البضع ، قال (عليه السلام) في ردّهم « سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ، فانّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه لأنّه الفرج ومنه يكون الولد »(١) فانّه (قدّس سرّه) زعم أنّ المراد بالاحتياط في النكاح هو الحكم بصحته دون البيع ، فيمكن أن يصح النكاح في مورد دون البيع بعكس الأولوية ، فصحّة البيع بدون إذن المالك تستلزم صحة النكاح بدون إذن الزوج دون العكس .

نعم عليه إذا قام دليل على بطلان التزويج بدون إذن الزوج يدلّ بالأولوية على بطلان البيع بدون إذن المالك أيضاً ، فتنعكس الأولوية بمقتضى هذه الرواية .

وفيه : ما لا يخفى ، فانّ حكم العامّة بصحة البيع في مفروض الرواية لم يكن مبنيّاً على الاحتياط ، فانّ الاحتياط فيه من حيث الفتوى إنّما يقتضي التوقف عن الحكم بكل من الصحة والفساد ، لأنّ كلاً منهما مبني على وجوه استحسانية ، فهو من مصاديق قوله تعالى **﴿قُلْ أَاللهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللهِ تَفْتَرُونَ﴾**(٢). وأمّا من حيث العمل فالأمر دائر بين محذورين ، لأنّ كلاً من الثمن والمثمن يدور أمره بين أن يكون ملكاً للمشتري أو ملكاً للبائع ، فليس الحكم بأحد الطرفين موافقاً للاحتياط ، وإنّما الاحتياط يقتضي الصلح باقالة أو بيع جديد أو نحو ذلك ، كما أنّ الحكم [في النكاح]

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٦٣ / كتاب الوكالة ب ٢ ح ٢ .

(٢) يونس ١٠ : ٥٩ .

قوله (قدّس سرّه) : ربما يؤيّد صحة الفضولي بل يستدلّ عليها[١].

بصحته أيضاً ليس موافقاً للاحتياط ، وهكذا الحكم بفساده .

أمّا من حيث الفتوى فواضح ، وأمّا من حيث العمل فلأنّ القول بالصحة إذا لم يطابق الواقع يوجب الوقوع في الزنا ، والقول بالبطلان مستلزم لجواز تزويج المرأة نفسها للغير ، فإذا خالف الواقع لزم منه الزنا بذات البعل ، فالاحتياط يقتضي تجديد عقد النكاح أو الطلاق .

وعليه لا يمكن أن يراد بكون النكاح أجدر وأحرى بالاحتياط من البيع الأولوية من حيث الحكم بالصحة ، لأنّها في البيع لم تكن مبنية على الاحتياط بل هي مخالفة له ، وإنّما يصحّ هذا التعبير لو كانت صحة البيع من جهة الاحتياط فلابدّ وأن يكون مراده (عليه السلام) من ذلك ـ والله العالم ـ أنّ العامّة إذا تجرّؤوا ولم يحتاطوا في البيع حيث لم يتوقّفوا ولم يرجعوا إلى أهل البيت (عليهم السلام) وأفتوا فيه بالصحة اعتماداً على وجوه عقلية ، فالأجدر بهم أن يتوقّفوا عن ذلك ويحتاطوا في النكاح لاهميته وأنّه يكون منه الولد ، فأولوية النكاح بالصحة عن البيع أجنبية عن هذه الرواية .

فقد ظهر من جميع ما ذكرنا صحة العقد الفضولي بالاجازة بمقتضى العمومات وصحيحة محمّد بن قيس وإن كانت مورداً للمناقشة من عدّة جهات . وأمّا ما ورد في النكاح الفضولي فلا دلالة فيه على صحة غيره من العقود الفضولية .

(١) من الوجوه التي أيّد بها صحّة الفضولي بلحوق الاجازة ما ورد في المضاربة في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي أمره ـ بأن عيّن له طريقاً خاصّاً أو سلعة خاصّة فخالفه العامل في ذلك ـ

فقال (عليه السلام) : هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه[١].

وذكر المصنف (قدّس سرّه)[٢] أنّه يستأنس منه صحة الفضولي على تقدير ويستدل به عليها على تقدير آخر ، لأنّ الرواية إذا أُبقيت على ظاهرها من عدم توقف الصحة على الاجازة ـ كما نسب ذلك إلى بعض الأصحاب ـ لكان موردها خارجاً عن الفضولي ، إلّا أنّه يستأنس منه عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في صحة البيع ، وأمّا إن حملناها على صورة الاجازة بمقتضى ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حصول النقل والانتقال في ماله لكان موردها من العقد الفضولي ، واحتمال اختصاص الحكم بالصحة بموردها ـ أعني المضاربة ـ وإن كان موجوداً ولا يمكن التعدّي عنها إلّا أنّ ذلك يكون مؤيّداً للمقام .

ونقول : الظاهر عدم إمكان التمسك بهذه الأخبار أصلاً لا تأييداً ولا استدلالاً ، أمّا على التقدير الأوّل فلأنّ الحكم بصحة [بيع] مال الغير تعبّداً في مورد بدون إذن المالك سابقاً ولا إجازته لاحقاً أجنبي عمّا نحن فيه من حصول الصحة بالاجازة اللاحقة التي هي محل الكلام ، فلا وجه لاستيناسها منه أصلاً . وأمّا على التقدير الثاني فلأنّ الظاهر بحسب ما هو المرتكز في أذهان التجّار أنّ اشتراط المالك على العامل أن يشتري نوعاً خاصّاً من المتاع أو لا يشتري إلّا من مكان خاص ليس لغرض شخصي وإنّما هو لاعتقاده أنّ الربح يكون فيما يعيّنه للعامل دون غيره فإذا كان الربح في الواقع فيما منعه عنه وكان اعتقاده مخالفاً للواقع فهو راضٍ بتلك المعاملة .

وعليه فإذا خالفه العامل وربح تكون المعاملة باذن المالك على حسب

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨ / كتاب المضاربة ب ١ ح ٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٥٨ .

المضاربة ، وإذا خسر يكون ضامناً ، لأنّه لم يعمل حسب شرط المالك ، فمورد الرواية أجنبي عن الفضولي بالكلّية . ويؤكّده أنّ معاملة العامل لو كانت فضولية لم يكن وجه للحكم بالصحة مطلقاً ، بل كانت صحتها متوقّفة على إجازة المالك مضافاً إلى أنّ الربح حينئذ كان جميعه للمالك ولم يكن وجه للحكم بتقسيمه على حسب الشرط .

وتوهّم كون التقسيم من جهة عمله فانّه عمل مسلم محترم ، مدفوع بأنّ عمله لو سلّم كونه محترماً ـ مع أنّه ممنوع وإلّا لزم دفع الأُجرة إليه حتى في فرض الخسارة ولم يقل به أحد ـ يوجب استحقاقه لأُجرة المثل لا لشيء من الربح .

والحاصل : أنّ المصنف ذكر ما توضيحه : أنّ هذه الأخبار الواردة في المضاربة إذا أُبقيت على ظاهرها ولم يقيّد إطلاقها بما إذا أجاز المالك اتجار العامل فهي وإن كانت خارجة عن عنوان الفضولي بل مفادها حكم تعبّدي إلّا أنّه يمكن استيناس صحة الفضولي منها ، لأنّه يستفاد منها عدم توقف صحة العقد على الاذن السابق ، وإن قيّد إطلاقها بصورة لحوق الاجازة بمقتضى ما دل على اعتبار رضا المالك في صحة العقد الواقع على ماله ، فيكون مورد الرواية داخلاً في عنوان الفضولي إلّا أنّها لعدم اشتمالها على كبرى كلّية تختص بموردها ولا يتعدّى عنه ، إلّا أنّها تكون مؤيّدة للمطلوب .

ونقول : الظاهر أنّه لا يستأنس منها صحة الفضولي على التقدير الأول ، كما لا يمكن الاستدلال بها على التقدير الثاني . أمّا على الأول فلأنّ الحكم بصحة العقد الواقع على مال الغير تعبّداً من دون إذنه ورضاه لا ربط له بصحة بيع الفضولي مبنيّاً على إجازة المالك ، فلا معنى لأن يستأنس من ذلك صحة البيع مثلاً بالاجازة اللاحقة . وأمّا على التقريب الثاني فلا يمكن الالتزام بكون مورد الرواية داخلاً تحت عنوان الفضولي ، لمنافاته مع حكمه (عليه السلام) فيها بأنّ الربح يقسّم بينهما ، فانّ

البيع لو كان فضولياً لزم رجوع جميع الربح إلى المالك ، ولا وجه لتقسيمه حسب قرار المضاربة ، كما أنّه ينافي ذلك كون الخسارة على العامل ، لأنّ المعاملة لو كانت فضولية لم تكن الخسارة على العامل على تقديري الصحة والفساد ، لأنّه على فرض الصحة تكون الخسارة على المالك وعلى تقدير الفساد وعدم الاجازة يأخذ المالك عين ماله من المشتري إلّا إذا كانت تالفة ، فحينئذٍ يمكن أن يغرم العامل .

هذا كلّه في دفع الاستدلال بهذه الأخبار في المقام ، وأمّا حكم هذه المضاربة وأنّ تقسيم الربح بين المالك والعامل وكون الخسارة على العامل هل يمكن تطبيقه على القواعد أو أنّه حكم تعبّدي ، ربما يوجّه التقسيم بأنّ غرض المالك المضارب من المضاربة إنّما هو الاسترباح على ما هو شأن التجّار ، فإذا منع العامل عن شراء شيء أو السفر إلى بلد فليس ذلك لغرض شخصي وإنّما هو لاعتقاده الربح في ذلك والخسران في الآخر ، فإذا كان خاطئاً في التطبيق وفرضنا أنّ العامل اتّجر بما منعه المالك عنه وربح يكشف منه رضا المالك به من أوّل الأمر ، فتكون المعاملة مورداً للمضاربة حقيقة وإن لم يفهمه المالك من باب الخطأ في التطبيق ، ومن هذه الجهة يقسّم الربح بينهما على حسب القرار .

وفيه أوّلاً : أنّ باب الغرض والداعي أجنبي عن مداليل الألفاظ والمعتبر هو الثاني ، فإذا فرضنا أنّ أحداً وكّل شخصاً في شراء دار فرأى الوكيل أنّ شراء الطعام أربح له من شراء الدار فاشترى له الطعام لكونه موافقاً لغرضه فهل يتوهّم صحته لذلك ؟ وهكذا إذا وكّلت المرأة أحداً في تزويجها لشخص لكونه مثرياً فزوّجها الوكيل لرجل أثرى منه لموافقته لغرضها فهل يمكن القول بصحة التزويج ، فانّ الميزان إنّما هو مداليل الألفاظ لا الدواعي والأغراض .

وثانياً : أنّه لا يمكن دعوى أنّ الغرض للتاجر المضارب في تعيين متاع أو طريق للعامل هو الاسترباح كلّية ، إذ قد يكون له غرض آخر كما إذا فرضنا أنّه

رجل مقدّس يمنع العامل من بعض المعاملات لكونها مكروهة شرعاً كالتعاطي في الأكفان مثلاً .

وثالثاً : هذا التوجيه أخصّ من مورد الرواية ، فانّه إنّما يتمّ فيما إذا كان ما فعله العامل أكثر ربحاً من المعاملة التي أمر بها المالك ، وإلّا فلا يستكشف رضا المالك المضارب بها واقعاً ، فتوجيه تقسيم الربح فاسد .

وأمّا كون الخسارة على العامل فقد وجّه على القاعدة بوجهين :

أحدهما : أنّه يكون من جهة الشرط الضمني ، فانّ مرجع المنع عن معاملة خاصة إلى اشتراط كون الخسارة على العامل عند المخالفة ، ولا ينافي ذلك ما هو المعروف المسلّم من عدم كون العامل ضامناً للخسارة في المضاربة ، فانّ المراد به أنّ المضاربة لا تقتضي ضمان العامل لأنّه عامل ، فلا ينافيه ثبوت الضمان بالاشتراط من الخارج ، وقد ورد في بعض الأحاديث[١] أنّ العبّاس كان له مال كثير وكان يعطيه إلى الناس بعنوان المضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ ولا يشتروا رطباً وإلّا كانت الخسارة عليهم .

ثانيهما : ما ذكره الميرزا[٢] وحاصله : أنّ ذلك إنّما هو على القاعدة لا من جهة الشرط ، فانّ تصرّف العامل لمّا لم يكن على طبق الشرط فلا محالة يكون عدواناً ، فما كان باقياً من ماله تحت يد العامل يجب ردّه إليه ، وما تلف أو صار بحكم الاتلاف بالاتّجار يكون ضامناً له .

ونقول : أمّا التوجيه الأوّل ففيه : أنّه لا وجه لرجوع تعيين الطريق الخاص أو المتاع المخصوص إلى اشتراط كون الخسارة على العامل مطلقاً حتى من غير الملتفت

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٧ / كتاب المضاربة ب١ ح٧ .

(٢) المكاسب والبيع ٢ : ٢٧ .

قوله (قدّس سرّه) **: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم**[(١)].

إلى ذلك ، مضافاً إلى أنّ صحة هذا الشرط محل الكلام بين الأعلام ، بل المعروف عدم كون العامل ضامناً حتى بالاشتراط .

وأمّا التوجيه الثاني ففيه أوّلاً : ما عرفت من أنّ معاملة العامل لو كانت فضولية لا تكون الخسارة على العامل على كلا تقديري الصحة والفساد . وثانياً : أنّه منافٍ لما هو ظاهر بعض الأخبار[(١)] الواردة في المقام ، حيث جعل فيها الوضيعة ـ أعني الخسارة ـ مقابلاً للضمان وقال (عليه السلام) عند مخالفة العامل للشرط أنه يكون ضامناً ، ثمّ بعد ذلك قال (عليه السلام) إن ربح يقسّم الربح بينهما وإن خسر كانت الخسارة على العامل ، فانّ ظاهره أنّ ضمان الخسارة والنقصان يكون مقابلاً لضمان العين الثابت بمقتضى على اليد أو حديث من أتلف ، فلا يتم شيء من هذه التوجيهات ، بل الظاهر أنّ تقسيم الربح وكون الخسارة على المالك حكم تعبّدي على خلاف القاعدة ، كما أنّ نفوذ عقد الوكيل المعزول قبل وصول عزله إليه أيضاً على خلاف القاعدة ، وقد ثبت بالتعبّد .

(١) تقريب الاستيناس بها ظاهر فانّها لو قيّدت بصورة إجازة الولي ـ كما صرّح به بعض ـ كان موردها داخلاً في الفضولي وإلّا فيستأنس بها لصحة الفضولي ، لأنّ صحة الاتجار بمال الغير بدون إذن سابق ولا اجازة لاحقة تقتضي صحتها بعد الاجازة بطريق أولى .

وفيه : أنّ جملة من الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم واردة في اتجار

---

(١) منها ما ورد في الوسائل ١٩ : ١٥ / كتاب المضاربة ب١ ح١ وغيره .

قوله (قدّس سرّه) : وربما يؤيّد المطلب برواية ابن أشيم[١].

الولي وأنّه إن كان ملياً وضمن المال ـ أي بالضمان الاختياري أعني الاقتراض ـ فالربح له والخسارة عليه ، وإلّا فالربح لليتيم والخسارة على الولي ، وبعض الأخبار وإن كانت مطلقة إلّا أنّه لا يبعد حملها على الولي أيضاً[١]، وفي بعضها : « سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : ليس في مال اليتيم زكاة إلّا أن يتّجر به ، فان اتّجر بـه فالربح لليتيم ، وإن وضع فعلى الذي يتّجر به »[٢] والمراد بالزكاة الزكاة المستحبّة في الاتّجار .

وبالجملة : المستفاد من هذه الروايات [أنّ] غير الولي مطلقاً ، والولي إذا لم يكن ملّياً أو لم يضمن مال اليتيم واتّجر به لنفسه كان الربح لليتيم والخسارة عـليه فانّه تصرّف عدواني ولو من الولي . وعلى أي تقدير ـ أي سواء كان التصرف من الولي لنفسه أو من الأجنبي ـ كان أجنبيّاً عمّا نحن فيه ، أمّا لو كان هو الأجنبي فلعدم ذكر الاجازة من الولي في الروايات أصلاً ، بل لو كان مورداً للاجازة لزم أن يكون الوضيعة كالخسارة على اليتيم ، ولم يكن وجه لكون الربح له والخسارة على التاجر .

وتوهّم أنّ الشارع ولي الكل وهو أجاز ذلك ، فيه : ما لا يخفى ، فانّ محـلّ الكلام إجازة من يملك العقد وأمّا الشارع فاجازته حكمه ، وهو إن كان ثابتاً فثابت قبل العقد لا بعد تحققه ، فالظاهر أنّ ذلك حكم تعبّدي ثابت في مال اليتيم ولا ربط له بالفضولي أصلاً .

(١) مضمون الرواية أنّ أحداً دفع إلى العبد المأذون في التجارة مالاً ليشتري

---

(١) [ولمزيد التوضيح راجع مصباح الفقاهة ٤ : ٥٨ ـ ٦٠] .

(٢) الوسائل ٩ : ٨٧ / أبواب من تجب عليه الزكاة ب٢ ح٢ .

به نسمة ويعتقها ويحجّه عنه أو يحج عنه ـ بصيغة المبني للمفعول ـ فمات فـاشترى المأذون أباه وأعتقه ودفع إليه باقي المال وحج عنه ثمّ تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع وادّعى كل منهم أنّه اشتراه بماله ، فقال أبو جعفر (عليه السلام) ما مضمونه : إنّ الحج يمضي على ما هو عليه ، وأمّا المملوك فـيردّ رقاً لـمـولاه ، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنّه اشتري بماله كان رقّاً له ، الحديث[1].

وتقريب الاستدلال أو التأييد بها : أنّ الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتق كان فاسداً لأنّه اشتري بمال مالكه ، وإن كان بمال مالك العبد المأذون صح ولكنّه خارج عن الفضولي ، وأمّا إن كان بمال الميّت فلا محالة يكون الشراء فضولياً ، لأنّ الشراء كان بعد موته بدون إذن الورثة ، والمفروض أنّهم أجازوه بعد تحققه ، فانّ مطالبتهم للعبد يكون إجازة للشراء ، وقد حكم الامام (عليه السلام) بأنّهم إذا أقاموا البيّنة على أنّه اشتري بمالهم كان رقاً لهم ، ومعناه صحة الشراء الفضولي إذا فرض أنّهم أقاموا البيّنة على ذلك ، هذا .

وفيه ـ مضافاً إلى ضعف السند بابن أشيم فانّه غير ممدوح ـ ضعف الدلالة لأنّ من المحتمل أنّ الورثة أيضاً كان لهم مال عند المأذون ، فيدّعون أنّ العبد اشترى بمالهم ، فيخرج الشراء حينئذ عن الفضولية ، فتأمّل . فكون الشراء فضولياً مبني على أحد أمرين : إمّا أن يكون دفع الميّت المال إلى المأذون بعنوان الوصية ، ولكن الورثة يدعون أنّ العبد لم يشتر بالمال الذي عيّنه الميت لذلك وإنّما اشتراه بمال آخر مـن الميت لم يعيّنه لذلك ، وإلّا فإذا أقرّوا بالوصية وأنّ العبد اشترى بالمال الذي عيّنه الميت ولم يكن زائداً على الثلث لم يكن لهم حق المخاصمة أصلاً . وإمّا أنّ الورثـة ينكرون الوصية ويدعون أنّ الميّت إنّما دفع المال إلى المأذون بعنوان الوكالة وقـد

(١) الوسائل ١٨ : ٢٨٠ / أبواب بيع الحيوان ب ٢٥ ح ١ .

بطلت بموت الموكّل ، والمفروض أنّ الشراء كان بعد موته وانتقال المال إليهم فيدعون أنّ العبد اشترى بمالهم . وهذا الاحتمال ـ أي إنكار الوصية ـ يجري في الرواية ، إذ لم يصرّح فيها بأنّ الميت أوصى بذلك ، كما أنّ ظاهر مخاصمتهم أيضاً ذلك .

ودعوى أنّهم كانوا يطالبون ولاء العتق ـ كما عن الميرزا ـ[1] ينافيها حكم الامام (عليه السلام) بأنّ العبد يعود ملكاً لهم إذا أقاموا البيّنة ، الظاهر في فعلية العود إلى الرقية . وكيف كان بما أنّ الاحتمال الأول جارٍ لا يمكن الاعتماد على الرواية لا استدلالاً ولا تأييداً ، هذا .

مضافاً إلى جريان إشكالين آخرين فيها :

أحدهما : أنّ الامام (عليه السلام) كيف حكم برجوع العبد رقّاً إلى مالكه الأول ، أعني بفساد البيع الذي هو مقتضى الاستصحاب مع وجود أصل حاكم عليه وهو أصالة الصحة في العقد ، وقاعدة الاقرار أعني من ملك شيئاً ملك الاقرار به فانّ المأذون كان مالكاً للعقد ، وهو يعترف بالشراء بمال الميت فكيف يقدّم عليها الاستصحاب .

والجواب عنه : أنّ أصالة الصحة غير جارية في المقام ، لا لما ذكره الميرزا[2] من اختصاصها بما إذا لم يكن الشك في أركان العقد ، بل لأنّها إنّما تجري فيما إذا كان تحقق العقد مفروغاً عنه وشك في صحته وفساده ، لا فيما إذا كان الشك في أصل تحقق العقد خارجاً كما في المقام ، فانّ الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتق لم يكن هناك بيع حقيقة ولم تتحقّق مبادلة بين المالين أصلاً ، إذ لا معنى للمبادلة بين مالي شخص

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٤ .

واحد ، بل هنا صورة بيع ، فالأمر دائر بين وقوع العقد وعدم وقوعه ، فليس مورداً لأصالة الصحة .

وأمّا قاعدة « من ملك شيئا ملك الاقرار بـه » فـليست مـورداً لعـموم أو إطلاق ، وإنّما هي مستفادة من تسالم الأصحاب ، فلابدّ من الاقتصار فـيها عـلى المتيقّن وهو ما إذا كان حين الاقرار مالكاً ، وأمّا إذا لم يكن له السلطنة حين الاقرار فلا اعتبار باقراره وإن كان له السلطنة سابقاً ، ومن هنا إذا باع أحد داره وبعد ذلك اعترف بأنّها كانت مغصوبة من عمرو مثلاً لم يسمع دعواه ، وهكذا لو ادّعى أنّه كان نجساً ، ففي المقام إذا كان إقرار المأذون قبل موت الدافع لكان مسموعاً لسلطنته على الشراء له ، وأمّا بعد موته فلا يعتبر إقراره لزوال سلطنته بموته ، فالحكم بـالفساد تمسّكاً بالاستصحاب لا بأس به .

فيبقى الاشكال الثاني ، وهو كيف حكم الامام (عليه السلام) بصحة الحج مع ابتنائها على أُمور غير ثابتة ، وكيف يصح حج من حكم بكونه رقّاً لمـالكه الأوّل وكيف يستحق الأُجرة مع أنّه ملك الورثة ظاهراً فلا يمكن الاستدلال بها من هذه الجهة وللاحتمال المتقدّم(١).

ثمّ انّه قد استدلّ على صحّة بيع الفضولي بجملة أُخرى من الروايات **منها** : صحيحة الحلبي « عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة ، قال : لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد »(٢) وقد حكم (عليه السلام) في هذه الرواية ببطلان الاقالة ـ التي هي عبارة عن فسـخ العـقد السـابق

(١) [نهاية ما أوردناه من محاضرات في الفقه الجعفري مع تصحيح وتحقيق] .

(٢) الوسائل ١٨ : ٧١ / أبواب أحكام العقود ب١٧ ح١ .

وليست معاملة مستقلّة ـ فيما إذا كانت بوضيعة عن العقد السابق ، لأنّ معنى الاقالة الفسخ حلّ العقد وإرجاع كل من العوضين إلى مالكه الأوّل ، وفيما إذا أخذ الثمن بوضيعة أو بزيادة فهو لا يكون إرجاعاً للمالين إلى مالكيهما فكأنّه يصير معاملة مستقلّة أُخرى .

وقوله (عليه السلام) « لا يصلح » ظاهر في بطلانها ، لتعلّقه بالمعاملة ، لا الكراهة ، وعليه فإذا جهل البائع بذلك فأخذه من المشتري بوضيعة فباعه بأكثر ممّا أخذه من المشتري ، يتحقق هناك بيع الفضولي وهو بيع البائع المال الذي أخذه من المشتري ، إذ المفروض أنّه لم ينتقل إليه بالاقالة لفسادها لأجل الوضيعة وقد حكم الامام (عليه السلام) بصحّته حيث قال (عليه السلام) « ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد » ومعناه أنّ بيع البائع صحيح غاية الأمر يجب عليه ردّ ما زاد على الثمن إلى المشتري بل هذه الرواية تدلّ على صحّة بيع الفضولي في غير ذلك المورد بطريق أولى ، لأنّ مورد الرواية من أردأ أنحاء الفضولي وهو بيعه لنفسه ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الرواية أجنبية عن المقام ، لأنّ بيع البائع على تقدير كونه فضولياً يحتاج إلى إجازة المشتري على جميع التقادير ، باعه بأكثر ممّا أخذه أو بأنقص منه ، كان عالماً أم كان جاهلاً ، فلا وجه لتخصيصه بصورة الجهالة . مضافاً إلى أنّ البيع لو كان فضوليّاً لزم ردّ تمام الثمن إلى المشتري واسترداد ما دفعه إليه أوّلاً بالاقالة ، لا ردّ خصوص المقدار الزائد .

فالصحيح أنّ الرواية أجنبية عن بيع الفضولي وأنّ موردها هو البيع المقرون بإذن المالك ، فإنّ المشتري باستقالته قد رضي باستبدال ماله ونحن وإن لم نر الرضا المقارن مخرجاً عن الفضولية إلّا أنّا إنّما قلنا به فيما لم يكن الرضا مبرزاً باللفظ ونحوه وأمّا معه فيخرج عن الفضولية ، وفي المقام يكون نفس إقدام المشتري على الاقالة دالاً على الرضا بالمبادلة بالأكثر بالدلالة الالتزامية حيث إنّه دالّ بالدلالة المطابقية

على رضاه بأخذ البائع الثوب بالوضيعة ويدلّ على جواز أخذه بالأكثر لغير البائع بالدلالة الالتزامية وإن لم يعرفه ، وهي كافية في صحّة المعاملة لما ذكرناه في محلّه من أنّ نظر البائع في المعاملة إلى استبدال ماله من دون نظر إلى مشترٍ خاصّ ، فهي قائمة بالمالين لا بالمتعاقدين وقد استبدل ماله بمال آخر وبما أنّه زائد عمّا أخذه البائع من المشتري حكم (عليه السلام) بردّه إليه ، فهو بيع صحيح ولا ربط له بالفضولي .

بقيت كلمة ترجع إلى عبارة الحديث وهي أنّه ما المراد بالضمير في قوله « ردّ على صاحبه الأوّل » فقد أرجعه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) إلى المال بمعنى أنّه يردّ إلى صاحب المال الأوّل الذي هو المشتري ، وبذلك استظهر أنّ المال خارج عن ملك المشتري وقد دخل في ملك البائع ، وإلّا فلا معنى لتوصيف المشتري بالمالك الأوّل ، فمنه يعلم أنّ للمال مالكاً ثانياً أيضاً ، غاية الأمر أنّ الرواية تدلّ على استحباب ردّ ما زاد إلى المشتري فيما إذا استقاله بوضيعة وإلّا فله أن لا يردّه إليه هذا .

ولا يخفى أنّ إرجاع الضمير إلى المال خلاف ظاهر الحديث بملاحظة قوله (عليه السلام) « ردّ » فإنّ وحدة السياق تقتضي إرجاع الضمير في لفظة « صاحبه » إلى ما يرجع إليه ضمير « ردّ » يعني أنّ البائع يردّ إلى صاحبه أي طرف معاملته الأوّل الذي هو المشتري الأوّل ، وعليه فلا يمكن استظهار أنّ البائع أيضاً مالك ويحكم بذلك على استحباب ردّ ما زاد في الاقالة ، هذا .

مضافاً إلى أنّا لو أغمضنا النظر عمّا ذكرناه أيضاً لا يمكن إرجاع الضمير إلى المال ، إذ البائع حينئذ لو ردّ لا يردّ إلّا إلى المشتري وليس هناك غير المشتري مالك آخر يرد عليه ما زاد ، فلا وجه لوصف المشتري بالمالك الأوّل دفعاً عن ردّه إلى

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٥ .

غيره . وبالجملة ليس هناك مالك إلّا المشتري والبائع ، والبائع لا يـردّ إلى نـفسه فوصف المشتري بالمالك الأوّل لا يخلو عن البشاعة .

ومنها : موثّقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله « قال : سألت أبا عـبدالله (عـليه السلام) عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته ، فيذهب فيشتري المتاع ثمّ يأتي بالمتاع فيقول : خذ ما رضيت ودع ما كرهت ، قال : لا بأس »[١].

والاحتمالات فيها على ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] ثلاثة :

الأوّل : أنّ المالك أعطى المال للسمسار قـرضاً ومـلّكه له حـتّى يشـتري أجناساً فيختار المالك منها ما يشاء ببيع آخر ، إذ لو لم يعطه الورق لما كان متمكّناً من الاشتراء ليختار المالك ما يرضى به ، ويكون وصف السمسار بأنّـه يشـتري بالأجر لأجل بيان أنّهم بنوعهم يشترون للملّاك بالأجر لا أنّه في شخص القضية كذلك لينافي أخذه الأُجرة كون الورق ملكاً له بالقرض ، واشتراءه الأجناس لنفسه لا لغيره ، وعلى هذا الاحتمال فالرواية أجـنبية عـمّا نحـن بـصدده ولا ربـط لها بالفضولي .

ولكن يدفعه : أنّ ظاهر لفظ السمسار أنّ الورق أُعطي له بعنوان أنّه سمسار لا بشخصه وبذاته كما هو معلوم ، وإنّما يعطى المال للسمسار لأجل أن يشتري به المتاع لمالكه ويأخذ الأجر كما لا يخفى .

الثاني : أنّ الدافع قد وكّل السمسار في أن يشتري بماله أجناساً واشـترط عليه جعل الخيار لنفسه بأن لا يشتري الأجناس جزماً بـل يجـعل فـيها الخـيار

---

(١) الوسائل ١٨ : ٧٤ / أبواب أحكام العقود ب ٢٠ ح ٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٦٢ ـ ٣٦٣ .

لصاحب الورق على بائع الأجناس حتّى يأخذ ما هو صلاح له ويدفع ما لا صلاح فيه ، وهذا هو الغالب في السمسارين ، وعليه أيضاً تخرج الرواية عمّا نحن فيه .

الثالث : أنّه أعطى له المال ودفع إليه الورق على نحو لا يخرجه عن الفضولية كأنّه قال له : أعلم أنّك إذا اشتريت بمالي شيئاً من دون إجازة منّي إليك فيمكن أن أردّ ما أشاء وأقبل ما هو صلاح لي ، وعليه فالرواية دالّة على صحّة بيع الفضولي لا محالة ، وبما أنّ الإمام (عليه السلام) حكم بالصحّة من غير تفصيل بين المحتملات فيعلم صحّة الفرض الأخير أعني الفضولي أيضاً .

ولا يخفى أنّ ترك الاستفصال إنّما يكون دليلاً على العموم فيما إذا كان المسؤول عنه مردّداً بين احتمالات وأجاب المسؤول بجواب كلّي يصحّ مع كلّ واحد من الاحتمالات ، وأمّا إذا علم المسؤول مراد السائل بقرائن حالية أو مقالية فأجابه بشيء ونحن لم نعلم المراد وتردّدنا بين الاحتمالات ، فهذا كيف يمكن أن يكون دليلاً على العموم ، مضافاً إلى أنّ مراد السائل على ما يظهر من الحديث ويساعده الغلبة هو الاحتمال الثاني ، وعليه فتكون الرواية أجنبية عن البيع الفضولي .

واستدلّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على صحّة بيع الفضولي أيضاً بالتعليل الوارد في صحّة نكاح العبد من غير إذن سيّده من « أنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده » بدعوى أنّه يستفاد منه أنّ كلّ ما كان راجعاً إلى غيره تعالى من المخلوقين وكان محتاجاً إلى إجازته فهو صحيح إذا أجاز ، وبما أنّ بيع الفضولي غير متوقّف إلّا على إجازة المالك فيصحّ إذا أجاز .

وقد أصرّ بعضهم ومنهم شيخنا الأُستاذ[2] على أنّ العلّة عامّة فيتعدّى منها

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٦٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٥ .

إلى كلّ مورد يحتاج إلى إجازة الغير .

والظاهر أنّه لا شهادة في الرواية على صحّة الفضولي ، لأنّا وإن كنّا لا ننكر العموم ولا ندّعي أنّ المورد يوجب التخصيص وأنّها مختصّة بنكاح العبد ، إلّا أنّه لا يمكننا التعدّي منها إلى جميع العقود والايقاعات الفضولية ، بل غاية الأمر التعدّي إلى كلّ عقد يكون استناده إلى من يعتبر استناد العقد إليه متحقّقاً لكن يتوقّف نفوذ عقده على إجازة شخص آخر كالعبد في نكاح نفسه والراهن في بيع الرهن لنفسه فإنّه يحتاج إلى إجازة المرتهن والزوج إذا عقد على بنت أُخت زوجته أو على بنت أخيها ، لأنّه يحتاج إلى إجازة الخالة أو العمّة التي هي الزوجة ، وأمّا في غير ذلك من الموارد ممّا كان العقد الواقع فاقداً للاستناد فلا ، كما في الفضولي لأنّ في بيع الفضولي الذي يبيع مال أحد أو يشتري لأحد آخر لا يرجع العقد إليه ، وليس الفضولي طرفاً للمعاملة في الحقيقة كالعبد الذي هو طرف للنكاح في الرواية ، فلا يمكننا التعدّي منه إلى غيره . وبعبارة أُخرى : إنّما يمكن التعدّي إلى كلّ مورد يشمله العمومات كأوفوا بالعقود كمورد التعليل ، وفي العقود الفضولية لا يتحقّق ذلك بوجه .

فتحصّل من جميع ذلك : أنّ العمومات والاطلاقات يكفينا في صحّة الفضولي ولا نحتاج فيها إلى شيء آخر .

ما استدلّ به على بطلان بيع الفضولي للمالك

ثمّ إنّهم استدلّوا على بطلان الفضولي بالأدلّة الأربعة .

أمّا الكتاب : فقد استدلّوا بقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ

تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[١] والاستدلال بالآية من وجهين :

أحدهما : بدلالة الاستثناء على انحصار حلّية الأكل في التجارة عن تراضٍ والفضولي ليس عن تراضٍ .

وثانيهما : بمفهوم الوصف المستفاد من تقييد التجارة بكونها عن تراضٍ ، فإنّه بمفهومه يقتضي حرمة الأكل فيما إذا لم تكن عن تراضٍ .

وقد أجاب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] عن الوجه الأوّل : بأنّ الاستثناء منقطع ، لأنّ التجارة عن تراضٍ غير داخلة في المستثنى منه حتّى تخرج منه ، والاستثناء المنقطع ممّا لا يدلّ على الحصر ، وإنّما ادّعوا ذلك في الاستثناء المتّصل فقط ، لأنّا إذا قلنا بأنّه ما جاءنا من العلماء إلّا حمار فلا يستفاد منه أنّه لم يجئنا غير الحمار شيء آخر كالفرس ونحوه .

والجواب عن ذلك : أنّا ذكرنا في محلّه وأشرنا إليه في بحث الاكراه[٣] وقلنا إنّ الاستثناء المنقطع ممّا لا يقبله الذوق بل ربما يعدّ من الأغلاط كما إذا قيل : ما رأيت أحداً من العلماء إلّا بطيخاً ، إذ لا ربط بين العلماء والبطيخ ، فلا يصحّ الاستثناء إلّا إذا كان المستثنى داخلاً في المستثنى منه بوجه ولو على نحو المسامحة كما إذا قيل : ما رأيت أحداً من العلماء إلّا أبناءهم أو خدّامهم ، وكيف كان فالانقطاع في الاستثناء يحتاج إلى مؤونة زائدة والأصل فيه هو الاتّصال .

والاستثناء في الآية أيضاً من قبيل المتّصل دون المنقطع ، إذ قد يحذف من الجملة شيء ويقام شيء آخر مقامه نظير قوله تعالى **﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللهَ غَنِيٌّ عَنْ**

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٦٤ .

(٣) في ص ٣٥١ .

﴿الْعَالَمِينَ﴾(١) فإنّ التعليل ليس مترتّباً على الشرط المذكور فيه ، لأنّه تعالى غـنيّ على أي حال كفروا أم آمنوا ، وإنّما هو تعليل لما حذف عن الآية وهو فلا تحزن ولا تهتمّ ونحوهما ، وفي المقام أيضاً كذلك فكأنّ الآية كذا : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بشيء من الأسباب كالنهب والقمار والبيع فإنّها باطلة إلّا إذا كان ذلك السبب تجارة عن تراضٍ ، وعليه فالاستثناء متّصل مفرغ .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) أورد على الوجه الثاني من الاستدلال تارةً بأنّه لا مفهوم للوصف كما بيّناه في محلّه ، واُخرى بأنّ كون **﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾** وصفاً غير معلوم ، إذ لعلّه خبر بعد خبر وكأنّه قيل لا تأكلوا ... إلّا إذا كان السبب تجارة وكان السبب عـن تراضٍ ، ومن المعلوم أنّ السبب الموجب لحلّ الأكل في الفضولي ناش عن تراضٍ .

وفي كلا الوجهين نظر ، أمّا الأوّل فلأنّه وإن لم يكن للوصف مفهوم إلّا أنّ ذلك لا يجري في المقام ، لأنّه تعالى في مقام التحديد ولا ينبغي الإشكال في أنّ ما يؤتى به في الكلام في مقام التحديد يدلّ على انتفاء الحكم عند انتفائه نظير قوله (عليه السلام) في جواب السائل عمّا لا ينفعل بالملاقاة « كرّ من الماء » وهذا ظاهر .

وأمّا الثاني : فلأنّه في حدّ نفسه خلاف ظاهر الآية ، لأنّ ظاهر الآية الشريفة أنّ الجميع كلام واحد متّصل لا أنّه خبر بعد خبر ، وقد اعترف (قدّس سرّه) بأنّ غلبة وصف النكرة تؤيّد التقييد ، هذا أوّلاً .

وثانياً : فلو سلّمنا أنّه خبر بعد خبر فهل ذلك يرفع الإشكال ، لأنّ معنى الآية حينئذ كما مرّ أنّ السبب لابدّ أن يكون تجارة ولابدّ أن يكون عن تراضٍ فبانتفاء كلّ واحد من الأمرين يرتفع الحلّية والمفروض أنّ الفضولي ليس عن تراضٍ .

فالتحقيق في الجواب : ما ذكره أخيراً من أنّ الخطاب في الآية إنّما هو للمالكين

---

(١) آل عمران ٣ : ٩٧ .

فلابدّ أن يكون تجارتهم عن تراضٍ ، والانشاء الصادر من الفضولي إنّما يصير تجارة المالك بعد الاجازة ، فتكون تجارته عن تراضٍ .

وأمّا السنّة فهي كثيرة عمدتها النبويّ المشهور الذي رواه الفريقان وهو قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك »[١] والمراد ممّا ليس عندك هو ما لا يكون تحت يدك كناية عن الملك وهو تعبير متعارف ، وليس المراد عدم جواز بيع الملك فيما إذا كان بينه وبين المالك فاصل مكاني ، وكيف كان فقد استدلّ بذلك على بطلان الفضولي بدعوى أنّه من قبيل بيع ما ليس عنده . ولابدّ أن يراد من الموصول الأعيان الشخصية الخارجية وإلّا فمن البديهي عند الإمامية جواز بيع الكلّي مطلقاً حالاً وسلفاً مع عدم كونه مالكاً له حين المعاملة ، وكذا عند العامّة[٢] في خصوص بيعه سلفاً لأنّهم لا يرخّصون بيع الكلّي حالاً .

ومنه يظهر أنّ ما وقع في تقرير شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٣] من أنّ جواز بيع الكلّي سلفاً أو حالاً ممّا اتّفق عليه الفريقان غير خالٍ عن السبق في اللسان أو سهو القلم .

ثمّ إنّه بعد إرادة العين الشخصية من الموصول لا يمكن الاستدلال به على بطلان الفضولي أيضاً ، لأنّ الظاهر منه بحسب صدره إرادة بيع شيء لنفسه مع أنّه غير مالك له حين المعاملة على أن يمضي فيشتريه من مالكه ويدفعه إلى من باعه منه ، وهذا خارج عمّا نحن بصدد تصحيحه وهو بيع الفضولي للمالك ، **هذا أوّلاً** .

---

(١) روي مضمونه في الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ ، كما روى نصّه في مسند أحمد ٣ : ٤٠٢ ، ٤٣٤ .

(٢) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ٢ : ١٦٤ وما بعدها ، ٢٤٠ ، ٣٠٤ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٨ .

وثانياً: أنّا لو تنزّلنا عن ذلك وقلنا إنّ الحديث غير ظاهر فيما ادّعيناه فلا محالة يكون مجملاً، إذ لا نعلم المراد منه حينئذ ونحتمل إرادة مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه، كما نحتمل إرادة خصوص البيع لنفسه على أن يمضي ويشتريه ويدفعه إلى المشتري فلا يمكن التمسّك به في المقام.

وثالثاً: أنّ الحديث على تقدير تماميته إنّما يقتضي بطلان بيع الفضولي فقط وأمّا إذا استند البيع إلى المالك باجازته بحيث صحّ أن يقال فلان باع داره فلا محالة يخرج عن كونه بيع ما ليس عنده، لأنّه بيع لما هو عنده وهو مالك له بالفرض، هذا كلّه.

مضافاً إلى أنّ الحديث لو كان ظاهراً في العموم وشاملاً لكلا الاحتمالين ولكنّه لا يكون مانعاً عن الفضولي، لأنّه حينئذ قابل للتخصيص بمقتضى الروايات الخاصّة المتقدّمة الواردة في تصحيح الفضولي التي عمدتها صحيحة محمّد بن قيس لخصوصيّتها وكونها ناصّة على جواز بيع الفضولي للمالك فيما إذا أجاز فتكون مخصّصة للحديث، هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام.

وقد أورد عليه شيخنا الأُستاذ[1] بأنّ النسبة بين الحديث والروايات المتقدّمة هي التباين لا العموم والخصوص، وذلك لأنّ الوجه في توهّم أنّ الحديث عام إنّما هو ملاحظة أنّ النبي قد نهى عن بيع ما ليس عنده سواء كان لنفسه أم للمالك وسواء أجازه المالك أم لم يجزه، والروايات المتقدّمة دلّت على أنّه إذا كان للمالك وأجازه المالك صحيح، فتكون أخصّ من الحديث فتوجب تخصيصه لا محالة.

ولكن الأمر ليس كما أُفيد، وذلك لأنّا لا نحتمل إرادة النهي عن بيع ما ليس عنده لنفسه أو للمالك مع عدم إجازته، لأنّ بطلان ذلك بمكان يغني عن النهي

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٩.

وكيف يحتمل المسلم أن يكون بيع البستان الفلاني صحيحاً إذا كان لنفسه أو للمالك ولو لم يجزه مالكه، ويكون بيع الجار دار جاره ماضياً مع عدم إجازة صاحبها، فهذا ممّا لا يحتمله عاقل ولا يحتاج إلى نهي، وعليه فالنهي وارد في خصوص ما إذا كان البيع للمالك مع اجازته، والفرض أنّ هذه الصورة بخصوصها وقعت مورداً للجواز في الروايات المتقدّمة فتكون النسبة بينهما هي التباين لا محالة، هذا.

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) ذهول عن طريقة الجاهلين ومن جهة عدم التوجّه إلى أفعال الظالمين والمسلمين غير المبالين بالدين، أفلا ينهبون أموال الناس ويبيعونها والناس يشترون منهم، وهذا في زماننا كثير فكيف بزمان الجاهلية فإنّ النهب والسرقة كان شعارهم وكانوا يفتخرون بذلك بينهم، أفلا يصحّ مع ذلك أن ينهاهم النبي (صلّى الله عليه وآله) بقوله «لا تبع ما ليس عندك» ومن الظاهر أنّ نهيه (صلّى الله عليه وآله) بمكان من الصحّة والمتانة ليرتدعوا بذلك عن بيع أموال الناس، وعليه فالنسبة بينهما عموم وخصوص فيتقدّم الروايات عليه لا محالة، هذا.

وربما يقال[1] إنّ النسبة بينهما هو العموم من وجه، لأنّ الحديث عام من جهة عدم تخصيصه النهي بصورة الاجازة وعدمها، بل نهى عن البيع مطلقاً سواء تعقّبه الاجازه أم لا، وخاصّ من جهة أنّه بمعنى لا تبع مال الناس فعلاً لتشتريه من مالكه بعد ذلك فتدفعه إلى المشتري، وبالجملة أنّه ينهى عن خصوص البيع لنفسه، وأمّا الروايات المتقدّمة فهي عامّة من جهة عدم تخصيصها بخصوص البيع لنفسه، بل قد صرّحت بجوازه سواء باعه لنفسه أو باعه لمالكه، ولكنّها خاصّة من جهة تقيّدها بصورة الاجازة من المالك، ومع ذلك كيف تتقدّم الروايات على الحديث، هذا.

ولا يخفى أنّه يرد على ذلك وجوه قد تنبّه المستشكل لبعضها:

---

(١) كما في حاشية المكاسب للايرواني ٢ : ٢٣٠.

الأوّل : أنّه على هذا التقدير يخرج الحديث عمّا نحن فيه ، إذ الكلام في المقام إنّما هو في خصوص البيع للمالك لا لنفسه لأنّه مسألة اُخرى سيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى وقد فرض أنّ الحديث خاصّ ببيع الفضولي لنفسه فلا يعارض الروايات المتقدّمة المجوّزة لبيع الفضولي للمالك مع الاجازة ، فعمومية الحديث لكلّ من البيع لنفسه وللمالك هي الحجر الأساسي للمعارضة ، وذلك لأنّ مورد التعارض حينئذ هو خصوص بيع الفضولي لنفسه مع التعقّب بالاجازة ، وهذه هي المسألة الآتية بعينها ولا ربط لها بما نحن فيه كما لا يخفى .

الثاني : هب أنّ النسبة بينهما هو العموم من وجه ولكن قاعدة المعارضة بينهما تقتضي تساقطهما والرجوع إلى العمومات ، وهي تقتضي الصحّة كأوفوا بالعقود وغيره ، هذا تمام الكلام في الحديث .

ومنه يظهر الجواب عمّا ورد من أنّه « لا بيع إلّا فيما يملك » و « لا طلاق إلّا فيما يملك » و « لا عتق إلّا فيما يملك » و « أنّه لا يجوز بيع ما ليس بملك » .

هذا كلّه بناء على قراءتها بصيغة المبني للمعلوم ، وأمّا إذا قرأناها مبنيّاً للمجهول فتصير كلّها خارجة عمّا نحن فيه وتكون دليلاً على بطلان بيع ما هو غير مملوك كالسمك في البحر وكذا عتق العبد قبل استرقاقه وطلاق المرأة قبل تزوّجها بأن يطلّقها أوّلاً ثمّ يتزوّجها ليؤثر الطلاق بعد النكاح .

بقيت في المقام ثلاث روايات **إحداها** : صحيحة محمّد بن القاسم « في رجل اشترى من امرأة من آل فلان ـ يعني بني العبّاس على ما في حاشية السيّد (قدّس سرّه)[1] ولم يصرّح به تقيّةً ـ بعض قطائعهم إلى أن قال (عليه السلام) قل له يمنعها أشدّ

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٣٩ .

المنع فإنّها باعت ما لم تملكه »[١] وإيراد هذه الصحيحة في المقام خالٍ عن السداد لأنّها قد منعت عن إقباض الثمن للفضولي ، وهذا ممّا لا مانع منه سواء صحّ البيع الفضولي أم فسد ، فلا دلالة للرواية على الفساد بل هي مؤيّدة لصحّة البيع الفضولي إذ لم يعلّل الإمام (عليه السلام) فيها المنع عن إقباض الثمن ببطلان البيع بل علّله بأنّها باعت ما لم تملكه ، مع أنّه لو كان باطلاً لكان التعليل به أولى وأنسب .

وثانيتها : ما عن الإمام المهدي (عجّل الله تعالى فرجه الشريف) « الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو رضىً منه »[٢].

وثالثتها : صحيحة محمّد بن مسلم الوارد في أرضٍ بفم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون هي أرضنا وأهل الأُستان يقولون من أرضنا ، فقال لا تشترها إلّا برضا أهلها[٣].

أمّا الرواية الثانية فلا دلالة فيها على بطلان الفضولي ، لأنّ غاية ما هناك أن تكون الرواية نظير الآية المباركة **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**[٤] الدالّة على اشتراط البيع بالرضا ، وقد عرفت الجواب عنها سابقاً وقلنا إنّها على تقدير تمامية دلالتها إنّما تمنع عن بيع الفضولي بالاضافة إليه وأمّا إذا أُضيف إلى المالك باجازته فلا ، لأنّه حينئذ تجارة عن تراضٍ ، وكذلك الحال في الرواية ، هذا .

مضافاً إلى أنّ جعل الرضا في الرواية مقابلاً للأمر يكشف عن أنّ الاجازة

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٣٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٢ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٣٧ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٨ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٣٤ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٣ .

(٤) النساء ٤ : ٢٩ .

كافية في صحّة البيع ، إذ عرفت أنّ المراد بالرضا هو الرضا المبرز لا مجرد الرضا النفساني ، فلو اُريد بالرضا في الرواية الرضا السابق أو المقارن لكان ذكره مستدركاً ، لكفاية الأمر وكونه مغنياً عن ذكر الرضا ثانياً فلابدّ أن يراد به الرضا المتأخّر أعني الاجازة ، هذا .

مع أنّا لو أغمضنا النظر عن جميع ما ذكرناه وسلّمنا أنّها تقتضي البطلان فلا مانع من أن نقيّدها بالروايات المتقدّمة الدالّة على صحّة الفضولي وعدم اعتبار الرضا المقارن وكفاية المتأخّر منه .

وأمّا الرواية الثالثة فالجواب عنها هو الجواب عمّا تقدّمها فلا نعيد .

فتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ بيع الفضولي صحيح ولا إشكال فيه ، هذا كلّه في السنّة .

وأمّا الإجماع فقد ادّعاه الشيخ (قدّس سرّه)(١) إلّا أنّ المحصّل منه غير حاصل قطعاً حتّى أنّ الشيخ بنفسه خالفه في النهاية(٢) التي قيل إنّها آخر مصنّفاته وبنى على صحّة الفضولي ، وكذا غيره من المتقدّمين والمتأخّرين ، ومعه لا مجال لدعوى الإجماع المحصّل بوجه . وأمّا المنقول فهو مضافاً إلى عدم حجّيته في حدّ نفسه موهون في المقام بذهاب جلّ الأصحاب من المتقدّمين والمتأخّرين إلى صحّة البيع الفضولي ومع الاطمئنان بخطأ المخبر عن الحدس كيف يكون حجّة ومورداً للاعتماد ، فإنّ الإجماع المنقول الذي هو إخبار عن الحدس لا يزيد على غيره من الأخبار الآحاد التي هي إخبار عن الحسّ ، لأنّه إذا علمنا بخطأ المخبر عن الحسّ لا يمكننا الاعتماد عليه فكيف بما إذا كان الإخبار مستنداً إلى الحدس ، وذلك ظاهر .

---

(١) الخلاف ٣ : ١٦٨ كتاب البيوع المسألة ٢٧٥ .

(٢) النهاية : ٣٨٥ .

وأمّا الدليل العقلي فبيانه أنّ بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً ، والتصرّف في مال الغير بدون إذنه منهي عنه ، فيكون بيع مال الغير بدون إذنه منهياً عنه ، والبيع المنهي عنه فاسد لاقتضاء النهي في المعاملات للفساد ، فينتج أنّ بيع مال الغير بدون إذنه فاسد .

وأجاب عنه الشيخ بخمسة وجوه[١]:

الأوّل : منع الصغرى الأُولى وأنّ العقد على مال الغير متوقّفاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرّفاً فيه . وهذا الجواب صحيح .

الثاني : منع الكبرى الأُولى ، فإنّه ليس كلّ تصرّف في مال الغير منهياً عنه لجواز مثل الاستضاءة بنور الغير والاصطلاء بناره ، فلو فرض أنّ العقد على مال الغير تصرّف فهو من هذا القبيل ممّا استقلّ العقل بجوازه .

وفيه : أنّ استقلال العقل بجواز مثل هذا التصرّف بحيث يكون مثل حكمه بحسن العدل وقبح الظلم ممنوع ، نعم دعوى القطع بجوازه له وجه لكنّه أوّل الكلام وما نرى من عمل عامّة الناس في بعض التصرّفات كدقّ باب الغير فهو من جهة قيام السيرة القطعية على ذلك ، أو قيام أمارة نوعية على رضا المالك ، لا من جهة استقلال العقل بجوازه ، ففي كلّ مورد قام الدليل على جوازه أو على رضا المالك به فهو ، وإلّا فيكون داخلاً في عموم عدم جواز التصرف في مال الغير .

الثالث : أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال بناءً على أنّ ذلك لا يخرجه عن الفضولي . وهذا الجواب لا ينافي الاستدلال على الفساد موجبة جزئية .

الرابع : منع دلالة التحريم والنهي على الفساد .

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٧١ .

وأورد عليه المحقّق النائيني[1] بأنّ الحرمة إنّما لا توجب الفساد إذا رجعت إلى السبب من حيث إنّه فعل من أفعال البائع كحرمة البيع وقت النداء ، لعدم الملازمة بين حرمة السبب وعدم ترتّب المسبّب ، وأمّا إذا تعلّقت بالمسبّب كما هو مبنى الايراد الخامس فلا ينبغي الإشكال في فساده كبيع المصحف من الكافر ، لأنّ من شرائط صحّة العقد القدرة ، والنهي عن الشيء يقتضي سلب قدرة المكلّف عنه شرعاً .

ويرد على ما ذكره أخيراً في وجه الفساد أوّلاً : النقض بما لو كانت المعاملة واجبة كما لو شرط بيع داره في ضمن عقد لازم ، فإنّ الواجبات أيضاً غير مقدورة شرعاً ، غاية الأمر أنّ النهي يسلب القدرة عن الفعل والأمر يسلب القدرة على الترك ، ولا يمكن الالتزام بفساد المعاملات الواجبة .

وثانياً : أنّ ما تكون المعاملات مشروطة به هي القدرة العقلية لا الشرعية .

فالصحيح في تقريب وجه عدم دلالة النهي في المقام على الفساد أن يقال : إنّ النهي لم يتعلّق بعنوان المعاملة وإنّما تعلّق بعنوان آخر يتّحد مع المعاملة وجوداً ، وهو التصرف في مال الغير الصادق على المعاملة فرضاً ، وهذا النهي لا يدلّ على الفساد وإنّما يدلّ على الحرمة التكليفية ، نعم إذا كان النهي متعلّقاً بعنوان المعاملة لدلّ على الفساد مثل النهي عن بيع الغرر ، لكن لا لما ذكره المحقّق النائيني من استلزامه عدم القدرة وهو يقتضي الفساد ، بل من جهة ظهور النهي حينئذ في الفساد ، فيكون ارشادياً نظير النهي المتعلّق بالموانع في المركّبات مثل « لا تكفّر في الصلاة » فإنّه إرشاد إلى مانعية التكفير ، فهذا الجواب الرابع من الشيخ متين جدّاً .

الخامس : أنّه لو دلّ هذا التحريم على الفساد لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم

---

(١) منية الطالب ٢ : ٣١ .

ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك ، ولا ينكره القائل بالصحّة ، وحاصله أنّ البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك ، فيكون صحيحاً من هذه الجهة لا من جهة استناده إلى العاقد .

وهذا الجواب وإن ارتضاه المحقّق النائيني إلّا أنّه مردود بأنّ هذا الجواب بعد تسليم أنّ إنشاء البيع تصرّف منهي عنه وأنّ النهي يقتضي الفساد ، وعليه فيكون نفس الانشاء فاسداً وملغى في نظر الشارع وغير قابل لترتّب الأثر عليه حتّى بعد الاجازة ، فإنّ لحوق الاجازة بالانشاء الفاسد غير مجد .

بقي الكلام فيما أفاده السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] في المقام وملخّصه : أنّ الفضولي إذا باع شيئاً معلّقاً على إجازة المالك يكون باطلاً لأجل التعليق في البيع هذا .

والظاهر أنّه اشتباه منه (قدّس سرّه) لأنّ التعليق على ما يتوقّف صحّة البيع عليه ممّا لا يوجب البطلان نظير قول الزوج فلانة طالق إن كانت زوجتي ، أو بعتك إن اشتريت أو رضيت ، وإجازة المالك في المقام من هذا القبيل .

بيع الفضولي للمالك مع سبق نهيه عنه

المسألة الثانية : فيما إذا نهاه المالك عن بيع ماله سابقاً ومع ذلك باعه الفضولي وهل هي كسابقتها في الصحّة أو أنّها باطلة لسبق النهي ؟ المشهور المعروف أنّها كالصورة السابقة صحيحة ولا أثر لسبق المنع من المالك بوجه ، وذهب بعضهم إلى بطلانها لأجل المنع المتقدّم وعلى هذا حمل العلّامة (قدّس سرّه)[2] ما ورد من النبوي

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٤٠ .

(٢) التذكرة ٢ : ٥٨٨ ، السطر ١٨ .

(صلّى الله عليه وآله) «أيّما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر»(١) وذكر أنّ ذلك إنّما هو فيما إذا نكح بعد منع مولاه وكراهته، ولكن لا نحتاج إلى هذا الحمل لامكان ورودها فيما إذا تصرّف العبد في زوجته قبل إذن السيّد، فإنّ فعله ذلك يوجب كونه عاهراً كما هو ظاهر، هذا.

والصحيح أن يقال إنّ الكلام في المقام يقع من جهتين: الجهة الأُولى في بيان المقتضي لصحّتها أعني شمول العمومات والأدلّة الخاصّة المجوّزة. والجهة الثانية: في بيان المانع وعدمه وهو النهي الدالّ على الكراهة حال العقد وبعده آناً ما، بناءً على أنّها تكفي في تحقّق الردّ.

أمّا الكلام في الجهة الأُولى فملخّصه: أنّه لا ريب في شمول العمومات والاطلاقات للمقام، لأنّه لا مانع من شمولها إلّا عدم استناد المعاملة إلى المالك وبالاجازة يتحقّق الاستناد. وأمّا الأدلّة الخاصّة التي استدلّ بها الشيخ (قدّس سرّه) فرواية عروة البارقي أجنبية عن مسألتنا، لأنّ بيعه لم يكن مع سبق نهي النبي (صلّى الله عليه وآله)، وصحيحة محمّد بن قيس أيضاً موردها عدم إذن المالك لا نهيه، ولذا قال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، وعدم الاذن وإن كان لا ينافي النهي إلّا أنّه ظاهر في صورة انتفاء النهي، ولذا لا يمكن الاستدلال بها من جهة ترك الاستفصال، وأمّا روايات المضاربة فقد عرفت أنّها أجنبية عن بيع الفضولي، وأمّا روايات بيع مال اليتيم فلا ربط لها بالمقام لعدم سبق المنع من الولي هناك.

نعم لا مانع من التمسّك بما دلّ على جواز نكاح العبد بدون إذن سيّده لأنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز، فإنّ عصيان السيّد يصدق مع نهيه وإن كان مورد الرواية هو عدم الإذن، ولكن عموم العلّة كافٍ في المطلب، فإنّ العلّة

---

(١) سنن البيهقي ٧: ١٢٧.

تعمّم كما تضيّق. وكيف كان فالعمومات وهذه الرواية كافية في الصحّة.

وأمّا الجهة الثانية: فأصل مسألة أنّ الردّ مانع عن لحوق الاجازة محلّ منع لأنّه لا دليل عليه سوى استحسانات لفّقها الشيخ (قدّس سرّه) والإجماع المنقول وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى. مع أنّه لو سلّمنا حجّية الإجماع المنقول فالمتيقّن من مورده صورة إنشاء الردّ لا مجرّد الكراهة الباطنية كما في المقام.

وأمّا ما ذكره الشيخ تأييداً لكفاية الكراهة الباطنية في صدق الردّ ـ من حكم بعضهم بأنّه إذا حلف الموكّل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد ـ فقد حمله المحقّق النائيني[1] على المعاملة الخيارية في زمان الخيار، فإنّه بانكار الوكالة ينفسخ العقد، لأنّه لا يعتبر في إعمال الخيار زائداً على إظهار الكراهة لفظ مخصوص، ولكن الظاهر أنّ هذا الحمل غير وجيه.

فنقول: إنّ الحلف على عدم التوكيل يتصوّر على وجهين: الأوّل أن يريد به ردّ الشراء، فيكون الحلف إنشاء للردّ وبه يبطل العقد، والثاني أن يريد به نفي الوكالة فقط حتّى لا يتنجّز الشراء في حقّه، وهذا لا يقتضي ردّ الشراء بل يبقى معلّقاً على إجازته، والمتيقّن من مورد كلامهم هو الأوّل، فيكون خارجاً عن محلّ الكلام ولا يصحّ للتأييد، لأنّ الكلام في حصول الردّ بمجرّد الكراهة الباطنية، والمتيقّن من مورد كلامهم هو الكراهة المبرزة التي يتحقّق بها إنشاء الردّ بلا إشكال.

فالمتحصّل: أنّ النهي السابق لا يمنع عن اجازة البيع بوجه.

بيع الفضولي لنفسه

المسألة الثالثة: فيما لو باعه الفضولي لنفسه، والكلام في ذلك أيضاً يقع من

(١) منية الطالب ٢: ٣٢.

جهتين : إحداهما جهة المقتضي . وثانيها : جهة المانع .

أمّا الجهة الأُولى : فمقتضى العمومات صحّة البيع في المقام لشمول ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾(١) وغيرها من العمومات له .

وأمّا الأدلّة الخاصّة فلا مانع من التمسّك بترك الاستفصال في صحيحة محمّد ابن قيس ، بل ظاهرها بيع الوليدة لنفسه كما استظهره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢).

وأمّا الأخبار الواردة في صحّة نكاح العبد من دون إذن السيّد فلا وجه للاستدلال بها في المقام ، لأنّ الفضولي وإن كان طرفاً للمعاملة حسب الفرض ويتوقّف صحّتها على إجازة الغير مثل النكاح الصادر من العبد في الأخبار ، إلّا أنّ البيع في المقام يرجع إلى غير من هو له ، لأنّه لابدّ وأن يرجع إلى المالك لا إلى الفضولي الذي باعه لنفسه ، وهذا بخلاف النكاح في العبد فإنّه راجع إليه حقيقة وليس راجعاً إلى غير من هو له ، ومعه لا يمكن التعدّي منها إلى المقام .

وأمّا الجهة الثانية : فقد ذكر في المنع عن صحّة البيع أُمور إلّا أنّ عمدتها أمران كلاهما مبني على أن يكون عنوان البيع متقوّماً بدخول الثمن في كيس من خرج من كيسه المثمن :

أحدهما : أنّ الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة ، لتقوّمها بدخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر .

ثانيهما : أنّه على تقدير الاغماض عن الايراد السابق كيف يجيزها المالك فإنّه إن أراد الاجازة على نحو أوقعه الفضولي بأن يكون البيع راجعاً إلى الفضولي

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٣٧٦ .

فهذا أمر لا يقبل الاجازة لعدم صحّة بيع مال الغير لنفسه، إذ لا معنى للمبادلة حينئذ لأنّه لم يخرج المثمن من كيسه ليدخل الثمن فيه.

وإن أراد الاجازة على أن يكون البيع راجعاً إليه لا إلى الفضولي فهذا ممّا لم ينشئه الفضولي ليجيزه المالك مثلاً، فإنّه إنّما أنشأ البيع لنفسه لا للمالك كما هو ظاهر هذا.

أمّا الجواب عن الإشكال الأوّل: فهو أنّ البيع عبارة عن تبديل مال بمال في جهة الاضافة، وليس إمضاء الشارع لذلك مأخوذاً في حقيقته. وعليه فإن أُريد بالإشكال أنّ الغاصب البائع لنفسه لا يقصد إمضاء الشارع فذلك لا يضرّ بقصد حقيقة البيع، لما عرفت من خروج إمضاء الشارع عن حقيقته، وإن أُريد به عدم قصد التبديل المذكور فهو ممنوع، لأنّ الغاصب ـ كما ذكر الشيخ (قدّس سرّه)[1] ـ يبني على أنّه مالك للمبيع وأنّ المبيع مضاف إليه بالاضافة الملكية، وبعد هذا البناء يقصد التبديل في هذه الاضافة الذي هو حقيقة البيع، وإن كان هذا البناء لغواً لا يجعله مالكاً في نظر الشارع، فلا يرد عليه ما أورده بعضهم[2] من أنّه كيف تكون المعاوضة المبنية على أمر غير حقيقي حقيقية وهل يزيد الفرع على الأصل، لما عرفت من أنّ البيع هو التبديل في الاضافة، والغاصب بعد بنائه على أنّه طرف الاضافة يقصد التبديل المذكور حقيقة.

ثمّ إنّ هذا الإشكال يختصّ بالغاصب العالم بالحال، وأمّا إذا فرضناه جاهلاً أو فرضنا الفضولي ناسياً ومشتبهاً وتخيّل أنّه ملك لنفسه وباعه فلا يجري الإشكال لأنّهم قاصدون للمعاملة حقيقة وليس ذلك مجرد صورة البيع كما هو ظاهر.

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٧٨.

(٢) هو المحقّق الايرواني في حاشيته على المكاسب ٢ : ٢٣٩.

وكيف كان ، فهذا الإشكال أخصّ من المدّعى لاختصاصه بالغاصب العالم دون غيره من الفضوليين ، إذ لا مانع من قصد الانشاء حقيقة في مثل الغاصب الناسي أو المعتقد أنّه مال لنفسه فباعه ثمّ انكشف أنّه ملك للغير كما في البيوع الفاسدة التي لا يعلم بفسادها . مضافاً إلى أنّه مردود بما عرفت .

وأمّا الجواب عن الإشكال الثاني : فيعلم ممّا ذكرناه ، فإنّ البيع المنشأ من الغاصب بعد ما كانت حقيقته مجرّد التبديل في جهة الاضافة تكون الاجازة متعلّقة بنفس المنشأ لا بشيء آخر ، نعم الغاصب بانٍ على مالكية المثمن وقاصد لتملّك الثمن ولكن هذا البناء بعد خروجه عن حقيقة البيع غير قادح .

وهذا الذي ذكرناه في البائع الفضولي يجري فيما إذا كان الفضولي هو المشتري ، لأنّه وإن أضاف الملكية إلى نفسه حيث قال تملّكت بكذا أو ملكت أو قبلت ، إلّا أنّ التملّك لمّا كان في مقابل العوض ولم يكن تملّكاً مطلقاً لأنّه يصير هبة حينئذ ومفروض البحث أنّه معاملة وبيع حقيقي فلذا يقول تملّكت بكذا أي بعوض كذا ، كان التملّك والقبول من المشتري قبولاً لأصل المبادلة الصادرة عن الموجب والمالك إنّما يجيز ذلك يعني يرضى بأصل القبول ، وأمّا إضافة التملّك والقبول إلى نفسه فقد عرفت أنّها خارجة عن حقيقة المعاوضة وأمر زائد عليها ، وبما أنّها غير مطابقة للواقع فيقع لغواً لا محالة .

وبالجملة : أنّ المناط إنّما هو المعنى دون اللفظ ، والمفروض أنّ المشتري قد قصد القبول في مقابل العوض ، وهذا قبول لأصل المبادلة فتتعلّق به الاجازة فتقع الزيادات لغواً ، وكيف كان فالجواب في المشتري الفضولي هو الجواب في الفضولي البائع بعينه ، ومعه لا مجال لتطويل الكلام كما أطاله شيخنا الأنصاري[١] في المقام

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٧٩ .

واستشكل في المشتري الفضولي بأنّه أنشأ تملّك المبيع لنفسه بمال الغير ، فلا مورد لاجازة المالك على وجه ينتقل المبيع إليه ، فلابدّ من التزام كون الاجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأ الفضولي الغاصب ، ثمّ أجاب عن ذلك بأنّ المشتري وإن أنشأ تملّك المبيع بالمال إلّا أنّه لا على نحو الاطلاق بل مقيّداً بأنّه مالك للثمن وقد قبله بما أنّه مالك ، وحيث إنّ الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملّك في الحقيقة هو المالك دون غيره ، والاجازة إنّما تتعلّق بذلك القبول ، وذلك لأنّ الجواب في المشتري الفضولي هو الجواب في البائع الفضولي ولا خصوصية في المشتري بوجه .

مضافاً إلى أنّه لا يمكن المساعدة على ما أفاده في الجواب ، لأنّ المشتري لم ينشئ في المقام أمرين أحدهما تملّك كلّي المالك وثانيهما إضافته إلى نفسه حتّى يقال إنّ الاضافة ملغاة والاجازة تتعلّق بتملّك المالك مثلاً ، وإنّما أنشأ تملّكاً خاصّاً وتملّك حصّة خاصّة وهو تملّك نفسه ، فلا يبقى حينئذ لما أفاده مجال ، وكيف تتعلّق به الاجازة . وبالجملة فلا محيص عمّا ذكرناه في مقام الجواب ، هذا كلّه في المشتري الفضولي .

ولنرجع إلى ما كنّا فيه من كيفية تعلّق الاجازة ببيع الفضولي لنفسه وقد عرفت الجواب فيه بما لا مزيد عليه .

وقد أجاب المحقّق القمّي (قدّس سرّه)[١] عن الإشكال في تعلّق الاجازة ببيع الفضولي لنفسه بما ملخّصه : أنّ الاجازة في الفضولي بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضى المالك ووقوع البيع عنه ، وبالجملة إنّه عقد جديد .

وفيه : أنّه إن أراد بذلك أنّ الاجازة بمنزلة الايجاب المتأخّر عن القبول فإذا

---

(١) جامع الشتات ٢ : ٣١٩ .

صدرت من المالك وانضمّت إلى قبول المشتري فلا محالة تتمّ المعاملة فتصير بيعاً صحيحاً ، فهو ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، إذ بعد الفراغ عن صحّة تقديم القبول على الايجاب وتسليم ذلك في محلّه ، أنّ القبول إنّما تعلّق على إيجاب البائع الفضولي حسب الفرض لا على إيجاب المالك المتأخّر عنه ، فما تعلّق عليه القبول ليس بايجاب والايجاب لم يتعلّق عليه القبول ، فإن ألغى الخصوصية في البائع الفضولي وقال القبول إنّما تعلّق بأصل المبادلة فهو يرجع إلى ما ذكرناه في الجواب من أنّ المعاملة تتقوّم بالمبادلة والخصوصيات اُمور زائدة عليها ، ولأجل عدم مطابقتها للواقع لا محالة تقع لغواً ، فلا يحتاج إلى الاطالة بهذا المنوال ، وإن أراد أنّ الاجازة المتأخّرة بمنزلة الايجاب والقبول كليهما لولاية المالك على المشتري أو وكالته عنه في خصوص القبول ، وله أن يوجب البيع من قبل نفسه ويقبله ولاية أو وكالة عن المشتري ، فهو أمر غير موافق للعقل والشرع ولا دليل على ولاية المالك على المشتري أو وكالته بوجه .

وأمّا ما أجاب به كاشف الغطاء (قدّس سرّه)(١) من أنّ الاجازة موجبة لصيرورة الثمن ملكاً للفضولي فهو يمكن أن يقرّر على وجهين :

أحدهما : أن يقال إنّه لا دليل على اشتراط كون المثمن ملكاً للبائع في انتقال الثمن إليه ، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيع ملك الآخر لنفسه ، فإذا كان الاذن كافياً في انتقال الثمن إليه فالاجازة أيضاً مثله .

وثانيهما : أنّ الاجازة من المالك تتضمّن انتقال المثمن إلى البائع قبل المعاملة ، وبعد صيرورته مالكاً للمبيع فقد باعه من المشتري فلا محالة يملك الثمن هذا .

---

(١) شرح القواعد (مخطوط) : ٦٠ .

والظاهر أنّ شيئاً من الوجهين لا يتمّ ولا يمكن الاعتماد عليه كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١].

أمّا الوجه الأوّل : فلما ذكرناه في محلّه من أنّ مقتضى المبادلة عرفاً أن يكون الثمن قائماً مقام المثمن في كونه ملكاً للبائع ، والمثمن في مقام الثمن في كونه ملكاً للمشتري ، وإلّا فلا معنى للمبادلة ، بل يكون البيع هبتان والمشتري يهب ماله للبائع والبائع للمشتري ، فاشتراط كون المثمن ملكاً للبائع في دخول الثمن في ملكه ممّا لا غبار عليه وإلّا فتخرج عن محلّ الكلام ويصير هبة ، والكلام في البيع والمبادلة .

وأمّا الوجه الثاني : فلأنّ تملّك البائع للمثمن قبل المعاملة يتوقف على مبرَز وهو الاعتبار النفساني وعلى مبرز له خارجاً ، والمفروض أنّ البائع إنّما أنشأ الايجاب بالبناء على أنّه مالك كما في الغاصب مثلاً ، ومن المعلوم أنّ البناء ليس من أحد المملّكات ، ولم يبرز تملّكه للمال بشيء خارجاً فكيف صار مالكاً للمبيع حينئذ ، بل لو أذن له في ذلك سابقاً كما إذا قال : تملّك بمالي لنفسك ولكنّه لم يبرز تمليكه له خارجاً وإنّما بنى على كونه مالكاً واعتقد بذلك في نفسه ، لا يصير مالكاً له أيضاً ، فكيف بالاجازة المتأخّرة كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وتوضيح ما ذكرناه : أنّ تملّك الغاصب الفضولي للمال قبل المعاملة يتصوّر على وجهين :

أحدهما : أن يكون بانياً على تملّك المبيع فيبيعه لنفسه ثمّ يجيزه المالك . وفي هذه الصورة يرد إشكال الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ إجازة البناء على التملّك لا توجب تأثير البناء في التملّك ، كما أنّ الإذن كذلك .

ثانيهما : أن يقصد إنشاء تملّك المبيع فضولة بقوله « بعت » مضافاً إلى إنشاء

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٨٤ .

البيع لنفسه ، بأن يقصد بقوله « بعت » إنشاء أمرين مترتّبين : أحدهما تملّك المبيع فضولة وثانيهما البيع لنفسه مترتّباً على ذلك . وفي هذه الصورة يصحّ البيع للبائع باجازة المالك للتملّك الفضولي بلا حاجة إلى إجازة البيع ، لأنّه بإجازة التملّك يصير البائع مالكاً فيكون البيع بيع مال نفسه لا مال الغير ، وهكذا الحال في الاذن ، وكأنّ الشيخ غفل عن هذه الصورة فأورد ذلك الإشكال .

بقي في المقام إشكال آخر

وهو مختصّ بما إذا كان الأصيل عالماً بالحال وأنّ طرفه فضولي يبيع لنفسه ومع ذلك اشتراه منه ودفع إليه الثمن ، فقد حكم الأصحاب بأنّ المالك لو ردّ البيع فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن ، وهذاكاشف عن أنّ الغاصب ملك الثمن بمجرد تسليط الأصيل إيّاه ، فلا يبقى مورد للحوق الاجازة ، فلو أجاز وصحّ يكون بيعاً بلا ثمن ، وهو منافٍ لحقيقة البيع فلابدّ وأن يكون باطلاً .

وقد أجاب عنه الشيخ (قدّس سرّه)[١] بثلاثة وجوه :

الأوّل : أنّا لا نسلّم ما حكم به الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك .

الثاني : أنّه لم يسلّط البائع على ماله بوجه الاطلاق ، سواء أجازه المالك أم ردّه ، وإنّما سلّطه عليه على تقدير ردّ المالك ، وأمّا في صورة الاجازة فإنّما أعطاه للمالك في مقابل المبيع ، وعليه إذا أجازه المالك يتملّك الثمن لا محالة .

الثالث : أنّ الإشكال بعد الإغماض عن الجوابين المتقدّمين إنّما يتمّ بناءً على القول بالنقل ، وأمّا على الكشف فلا ، لأنّها تكشف حينئذ عن أنّ الثمن ملك للمالك

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٨٨ .

من أوّل الأمر فيكون تسليطه أي المشتري للبائع على ملك المالك لغواً .

نقول : الجوابان الأوّلان صحيحان ، وأمّا الثالث فهو مبني على القول بالكشف بمعنى عدم تأثير الاجازة أصلاً ، وهو لا يمكن الالتزام به ، وأمّا على الكشف بالمعنى الذي يمكن الالتزام به ـ وهو الكشف الحكمي أو اشتراط الاجازة بنحو الشرط المتأخّر أو اشتراط وصف التعقّب ـ فلا يصحّ الجواب ، لأنّه حينئذ لا ينتقل المال إلى المجيز قبل الاجازة ، فيكون تسليط المشتري الأصيل للغاصب على الثمن تسليطاً على ماله لا مال الغير .

ثمّ إنّ هذا الإشكال إنّما يرد بناءً على جواز البيع من طرف الأصيل . إذ بناءً على لزومه ليس للأصيل تمليك الثمن بالتسليط أو بغيره .

ثمّ إنّ صحّة بيع الفضولي لنفسه تارةً يراد بها وقوع البيع للمالك إذا أجاز وتارةً وقوعه للفضولي بعد ما ملك ، والكلام هنا إنّما هو في الأوّل دون الثاني .

وقد اشتبه الأمر على صاحب الرياض(١) فرأى الإجماع على البطلان في كلمات العلّامة وحسب أنّ ذلك في القسم الأوّل فادّعى أنّ بيع الفضولي لنفسه باطل بالإجماع والنصوص ، غافلاً عن أنّ ذلك إنّما هو في الصحّة بالمعنى الثاني لذهاب المشهور إلى صحّتها للمالك مع الاجازة ، هذا كلّه في بيع الفضولي لنفسه .

جريان الفضولي في بيع الكلّي

ولنرجع إلى أحكام بيع الفضولي ونقول : إنّ بيع الفضولي لا يختصّ بالأعيان الشخصية ويجري في بيع الكلّي في الذمّة كما إذا باع أحد عشرة أمنان من الحنطة في ذمّة زيد بكذا مقداراً من الثمن أو اشترى شيئاً بعشرة دراهم في ذمّة زيد وهكذا .

---

(١) رياض المسائل ٨ : ٢٢١ .

وبيع الفضولي في الذمّة يتصوّر على ثلاثة أقسام : لأنّه تارةً يضيف الذمّة إلى الغير صراحةً ويقول بعتك عشرة أمنان من الحنطة في ذمّة فلان بكذا ، واُخرى يسند البيع إلى الغير الظاهر في إضافة الذمّة إليه كما إذا قال من قبل فلان بعتك عشرة أمنان من الحنطة بكذا فلا يضيف الذمّة إليه إلّا على نحو الظهور ، وثالثة لا يضيف شيئاً من البيع أو الذمّة إلى الغير في المعاملة وإنّما يقصد ذلك وينوي كونه في ذمّة فلان .

وفي هذا القسم الأخير إن أجاز صاحب الذمّة وقع العقد له ، وإن ردّ فلا يقع العقد له ولكن هل يقع للفضولي أو لا ، اختار الشيخ البطلان واقعاً وعدم وقوعه للفضولي أيضاً ، ولكن لو لم يصدّقه الطرف الآخر في الفضولية وحلف على عدم علمه بالفضولية حكم بوقوع العقد للفضولي بحسب الظاهر . واختار العلّامة[1] وقوعه للفضولي واقعاً ونسب إلى جماعة .

نقول : أمّا بحسب الحكم الواقعي فالحقّ هو البطلان كما اختاره الشيخ (قدّس سرّه) ، لأنّ مالية الكلّي إنّما هي بحسب إضافته إلى الذمم ، فالكلّي المضاف إلى ذمّة غير الكلّي المضاف إلى ذمّة شخص آخر ، وعليه فإذا وقع أحدهما متعلّقاً للعقد فلا معنى لصحّة العقد بالنسبة إلى الآخر .

وأمّا بحسب الظاهر في فرض الترافع فالمدّعي للفضولية هو المدّعي لمخالفة قوله لظاهر العقد ولأصالة الصحّة ، والطرف الآخر منكر لموافقة قوله لأصالة الصحّة ، وحيث إنّ القصد أمر قلبي لا يمكن للمدّعي إقامة البيّنة عليه تصل النوبة إلى حلف المنكر ، ولابدّ للمنكر أن يحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لا على عدم العلم ، لأنّ عدم علمه لا ينافي قصد طرفه الفضولية ، وحيث إنّه لا يمكن للمنكر

---

(١) راجع قواعد الأحكام ١ : ٢٤٧ .

الحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لكونه أمراً قلبياً فلا محالة يردّ الحلف إلى المدّعي ، فيحلف ويحكم ببطلان العقد ظاهراً . فاتّضح أنّ الحقّ هو البطلان واقعاً وظاهراً .

ثمّ تعرّض الشيخ (قدّس سرّه) لمسألة أُخرى وهي ما لو جمع العاقد بين المتنافيين بأن أضاف البيع إلى غيره والكلّي إلى ذمّة نفسه بأن قال : اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي ، أو أضاف البيع إلى نفسه والكلّي إلى غيره بأن قال : اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان ، ثمّ نقل كلاماً عن العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة يحتمل أن يراد به الصورة السابقة أعني قصد وقوع الكلّي في ذمّة الغير وتعيينه بالنيّة وهذا ما يساعد عليه صدر عبارته ، ويحتمل أن يراد به صورة التنافي وهذا ما يظهر من ذيل عبارته ، وكيف كان فقد نُسب إلى المشهور أنّ الغير إذا ردّ المعاملة تقع عن الفضولي ، ويمكن حمله بحيث ينطبق على القواعد على ما إذا اشترى بالكلّي والتزم هو بأدائه إمّا من مال غيره فيكون الشراء للغير وإمّا من ماله فيكون الشراء لنفسه ولكن الملتزم بالأداء هو المباشر لا الغير ، وينحلّ هذا الشراء إلى شرائين طوليين فيشتري للغير فإن أجاز وقع له وإلّا فيشتري لنفسه ، وهذا التعليق لا يوجب البطلان ، لأنّه تعليق على ما تتوقّف صحّة العقد عليه واقعاً ، ولأنّ الدليل على مبطلية التعليق هو الإجماع ، والمتيقّن منه غير هذا المورد أي إنشاء بيعين طوليين فتشمله أدلّة صحّة البيع والعقود ، وعليه فإذا أجاز الغير وقع العقد له وإلّا وقع للمباشر .

وقد تصدّى المحقّق النائيني[1] لتطبيقه على القاعدة بوجهين :

أحدهما : أن يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال في ذمّته

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤٧ .

ويكون قصده للغير من باب بيع التولية له ، وتكون إجازة الغير من قبيل القبول وحينئذ فإن أجاز الغير التولية يكون البيع له وإلّا يكون للعاقد .

وفيه : أنّ هذا خلاف الفرض ، لأنّ المفروض أنّه لو أجاز ينتقل المال من مالكه إليه لا من ملك العاقد ، وعلى التولية ينتقل المال من ملك المالك إلى العاقد ومن ملك العاقد إلى ملك المجيز ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ ذلك لو تمّ فإنّما يتمّ في شراء الفضولي متاعاً بثمن في ذمّته فيبيع ذلك المتاع تولية للغير وأمّا إذا باع الفضولي شيئاً في ذمّته بثمن للغير فلا معنى لبيع ذلك الشيء تولية للغير لأنّه باع مال نفسه للمشتري وجعل ثمنه للغير ولم يبع شيئاً للغير حتّى يصحّ باجازته ، مع أنّ كلامهم في مطلق المعاملة الفضولية سواء كان في البيع أو الاشتراء .

وثالثاً : أنّ الفضولي ربما يموت قبل إجازة الغير ، فلو كانت الاجازة قبولاً لبيع التولية فلا محالة يبطل البيع لخروج الموجب عن أهلية العقد قبل تحقّق القبول مع أنّهم يلتزمون بالصحّة في هذا الفرض .

وثانيهما : أن يكون مراده وقوع البيع للغير وقصد إضافة الكلّي إلى ذمّة الغير ، لكنّه ضمن ذمّة الغير بناءً على أن لا يكون الضمان موجباً لانتقال المال إلى ذمّة الضامن كما عليه العامّة(١)، فيكون كلّ منهما ضامناً بنحو الطولية .

وفيه أوّلاً : أنّه لو لم يجز الغير العقد فلا معنى لوقوع العقد للضامن وكونه ملزماً بالأداء . وثانياً : أنّه لو أجاز الغير العقد ولم يؤد المال يلزم أن يكون الضامن ملزماً بأدائه .

بقي الكلام في حكم التنافي بين الاضافتين فيما إذا أجاز الغير ، وقد ذهب

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٧٠ ، ٨٣ ، المجموع ١٤ : ٢٤ ، المهذّب ٢ : ٣٠٧ .

شيخنا الأُستاذ[١] إلى صحّة المعاملة ووقوعها عن العاقد الفضولي ولا أثر لإجازة الغير ، وبنى توضيح ذلك على مقدّمتين :

إحداهما : أنّ مقتضى إطلاق العقد والمعاملة الصادرة من شخص أنّ العقد له ما لم ينصب قرينة على صرفه للغير ، وهذا نظير الواجب النفسي والغيري والعيني والكفائي حيث ذكرنا في الأوامر[٢] أنّ ظاهر إطلاق صيغة الأمر يقتضي النفسية والعينية ، وكون الوجوب غيرياً أو كفائياً يحتاج إلى مؤونة زائدة وقرينة تدلّ على أنّ الوجوب غيري أو كفائي ، وإطلاق العقد أيضاً يقتضي وقوعه للعاقد حتّى ينصب قرينة على أنّه للغير .

وثانيتهما : أنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين ، وغيرها من القيود والاضافات خارجة عن حقيقتها ، ففي صورة التعارض تقع لغواً لا محالة ، وعلى هاتين المقدّمتين بنى أنّ الاضافة إلى الذمّة والاضافة إلى الغير في البيع وإن كانت كلّ واحدة منهما قرينة على صرف البيع إلى العاقد في الصورة الأُولى وللغير في الثانية إلّا أنّهما لتعارضهما تسقطان ، فيبقى في البين أصل المبادلة بين المالين ، وقد عرفت أنّ إطلاق العقد يقتضي وقوعه للعاقد والمباشر ، وبذلك نحكم على أن البيع وقع للعاقد فقط سواء أجاز الغير أم ردّه ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده وإن كان بحسب الكبرى ممّا لا إشكال فيه ، وأنّ الظاهر يقتضي وقوع البيع للعاقد ، إلّا أنّ تطبيق ذلك على المقام غير صحيح ، وذلك لأنّ إضافة البيع للغير في الكلام إن كان قرينة على عدم إرادة المبادلة حقيقة ، إذ لا معنى في المبادلة لدخول الثمن في ملك غير من خرج عن ملكه المثمن ، فلا كلام في بطلان

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤٥ .

(٢) محاضرات في أُصول الفقه ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٤) : ٣ .

المبادلة حينئذ ، وإن كان التنافي بين الاضافتين قرينة على إنشاء بيعين طوليين كما صوّرناه سابقاً فلا إشكال في وقوع البيع للغير إذا أجاز وإذا ردّ يقع البيع للعاقد . وأمّا إذا لم يكن قرينة على أحد الأمرين بل أنشأ معاملة واحدة قاصداً لحقيقتها ولو لاعتقاده صحّة هكذا معاملة ، فحينئذ بما أنّ الكلّي لابدّ أن يضاف إلى شخص معيّن في المعاملة فتقع المعاملة لذلك الشخص الذي أُضيف إليه الكلّي في المبادلة ، فإن اشترى بما في ذمّته للغير فالمعاملة تقع للمشتري لا محالة ، كما أنّ المشتري إذا اشترى لنفسه بما في ذمّة الغير تقع المعاملة للغير ويكون فضولياً محتاجاً إلى إجازة الغير لا محالة .

وبالجملة : أنّ تعيين المالكين وإن لم يكن شرطاً في صحّة المعاملة إلّا أنّ المثمن إنّما يدخل في ملك من خرج من ملكه الثمن ، وكذا الحال في العكس ، كما أنّ الأمر كذلك في بيع الأعيان الشخصية فإنّه إذا اشترى شيئاً بمال معيّن فلا محالة ينتقل المبيع إلى ملك من خرج عن ملكه المال ، ولا يعقل أن ينتقل إلى ملك شخص آخر كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ البيع سواء كان في الأعيان الشخصية أو الكلّيات إنّما يقع لمن خرج عن ملكه الثمن فيدخل المبيع في ملكه ، وهذا ظاهر جدّاً .

الكلام في جريان الفضولي في المعاطاة وعدمه

اختلفوا في جريان الفضولي في المعاطاة على أقوال ثالثها : التفصيل بين القول بأنّ المعاطاة تفيد الاباحة فلا يجري والقول بأنّها تفيد الملك فيجري ، واستدلّ للمنع مطلقاً بوجوه :

الأوّل : أنّ القبض والاقباض في المعاطاة محرّمان ومنهيّان لأنّهما تصرّف في مال الغير بلا إذنه ، والنهي في المعاملات يوجب الفساد .

والجواب عن ذلك **أوّلاً** : أنّا نفرض الكلام فيما إذا لم يكن التصرّف في المال منهيّاً عنه ، وهذا كما إذا اعتقد أنّ المال ملكه فأقبضه واشترى به شيئاً فإنّه لا حرمة في التصرف واقعاً كما في سائر موارد الجهل المركّب والغفلة والنسيان .

وثانياً : أنّ المالك ربما يجيز التصرّف في ماله وإن لم يجز البيع كما إذا صرّح بأنّه لا مانع من أن يبقى المال عندك أو عند أخيك ، فأعطى المال لأخيه وقصد به المعاملة أو أقبضه من وكيل المالك وقصد به البيع .

وثالثاً : يمكن أن يكون المالك راضياً بالبيع والقبض فلا يكون التصرف فيه حراماً ومع ذلك لا يخرج البيع عن كونه فضولياً ، لما ذكرناه سابقاً من أنّ مجرّد الرضا لا يخرج المعاملة عن الفضولية .

ورابعاً : أنّ النهي على تقدير تسليمه تكليفي وهو لا يستتبع الفساد .

وخامساً : لو سلّمنا أنّ النهي التكليفي يستلزم الفساد فلا يقتضي ذلك إلّا فساد المعاملة بالنسبة إلى من توجّه عليه وهو الفضولي لا بالنسبة إلى المالك بعد إجازته .

الثاني : ما ذكره بعضهم وحكاه شيخنا الأنصاري[1] في المقام : من أنّ صحّة المعاطاة تتوقّف على إنشاء التمليك والرضا وهما من شؤون المالك كما لا يخفى ، ولا يتحقّقان من الفضولي أصلاً .

ويدفعه : أنّ هذا لو تمّ لعمّ ويوجب بطلان أصل الفضولي مطلقاً كان في العقد اللفظي أو المعاملة المعاطاتية ، مع أنّ الكلام في جريانه في المعاطاة بعد الفراغ عن صحّته في المعاملات اللفظية .

وأمّا حلّ الإشكال : فهو أنّ إنشاء التمليك أمر لا مؤونة فيه ويتحقّق من كلّ

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٩٥ .

أحد في كلّ مال لكلّ شخص ، وأمّا الرضا فالمفروض أنّ المالك يـرضى بـه بـعد المعاطاة .

الثالث : أنّ صحّة العقد الفضولي إنّما ثبتت في الموارد المتقدّمة على خـلاف القاعدة فيقتصر فيه على الموارد التي ورد فيها نصّ كما تقدّم سابقاً .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري : بأنّ الفضولي على طبق القاعدة للعمومات الدالّة على صحّته كأوفوا بالعقد وغيره من عمومات البـيع والتـجارة ، وظـاهره تسليم عدم جريان الفضولي في المعاطاة فيما إذا كان على خلاف القاعدة .

ولكن الأمر ليس كذلك ، لأنّه يجـري في المـعاطاة ولو كـان عـلى خـلاف القاعدة ، لأنّ الأدلّة الخاصّة الواردة في الموارد المتقدّمة عامّة تشمل المعاطاة أيضاً إذ لم يقيّد شيء منها بالبيع اللفظي ولم يفصّل فيها بين المعاطاة والعقد ، نعم ما أفاده من أنّ الفضولي على طبق القاعدة متين .

الرابع : ما استدلّ به شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) وحاصله : أنّا إذا بـنينا على إفادة المعاطاة للاباحة فالمؤثّر فيها هي التسـليط المـالكي لا تسـليط غـيره وإجازة المالك تسليط الغير ، بنفسها مصداق للتسليط المالكي لا أنّها توجب تأثير التسليط السابق الصادر من غير المالك فإنّه لغو لا يترتّب عليه الأثر وإنّما يترتّب الأثر على تسليط المالك ، وأمّا إذا بنينا على أنّها تفيد الملك فاجازة المالك إنّما تتعلّق بما يكون قابلاً للبقاء وهذا لا يتحقّق إلّا بالعقد اللفظي فإنّه بالعقد الذي هـو بـيع بالمعنى المصدري يتحقّق أمر قابل للبقاء وهو تبديل طرفي الاضافة ويعبّر عنه باسم المصدر والاجازة اللاحقة إنّما تتعلّق بهذا الأمر البـاقي وأمّـا الفـعل الصـادر مـن الفضولي فهو لا يعنون إلّا بعنوان الاعطاء والتبديل المكاني وليس له إسم مـصدر

---

(١) منية الطالب ٢ : ٥١ .

غير العطاء ، وهذا لا ينفكّ عنه وليس قابلاً للبقاء حتّى تتعلّق به إجازة المالك .

وما أفاده (قدّس سرّه) إن تمّ فإنّما يتمّ على المسلك المشهور من أنّ الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ وإن كان قابلاً للمناقشة أيضاً ، وأمّا بناءً على ما ذكرناه في معنى الانشاء من أنّه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني فهو أمر خفيف المؤونة لا يتوقّف صدوره على المالك بوجه ويتحقّق من الفضولي أيضاً ، وهذا الابراز كما يتحقّق باللفظ يتحقّق بالفعل أيضاً ، وعليه فلا مانع من جريان الفضولي في المعاطاة كجريانه في البيع اللفظي ويكون مصداقاً للبيع حقيقة .

نعم يبقى هناك أنّ المعاطاة بناءً على إفادتها الاباحة هل يجري فيها الفضولي ؟ أفاد الشيخ (قدّس سرّه) إمكان القول بالبطلان لوجهين أحدهما : أنّ حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن ، والتحقيق أنّ الكشف الحقيقي بمكان من الامكان فيكون التصرّف مباحاً في الواقع من حين المعاطاة غاية الأمر عدم العلم بالاباحة حتّى تتحقّق الاجازة . نعم الكشف الحقيقي لا دليل عليه في مقام الاثبات . وأمّا الكشف الحكمي فهو غير معقول لأنّ التصرّف في مال الغير قبل إجازته حرام وبعد الاجازة لا ينقلب الشيء عمّا وقع عليه بل تباح التصرفات الواقعة بعد الاجازة ، ولا معنى للحكم فعلاً باباحة التصرفات السابقة ، وأمّا على النقل فلا مانع من الالتزام بالاباحة بعد الاجازة .

ثانيها : أنّ الاباحة على خلاف القاعدة لأنّ ما قصد هو الملك وهو غير واقع وما وقع هو الاباحة وهي غير مقصودة ، فالاباحة شرعية على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقّن وهي صورة تعاطي المالكين .

والتحقيق أنّ الاباحة الشرعية وإن كانت على خلاف القاعدة إلّا أنّ حصول الملك عند التصرّف على القاعدة ، فإذا أجاز المالك المعاطاة الفضولية وحصل التصرّف المتوقّف على الملك ، تحقّقت الملكية ـ وبعبارة اُخرى : مقتضى السيرة

العقلائية والأدلّة الامضائية هو تحقّق الملكية من حين المعاطاة ولكن بالإجماع نقيّد ذلك بالتصرف كما قيّدنا بيع الصرف بالقبض للأدلّة الواردة فيه ، فنحكم بعدم حصول الملكية قبل التصرّف فإذا حصل التصرّف تحقّقت الملكية على القاعدة وحينئذٍ فلا مانع من جريان الفضولي في المعاطاة من هذه الجهة فإذا أجاز المالك انتسب العقد إليه وتحصّل له الملكية بعد التصرف على القاعدة . نعم الاباحة الشرعية حكم آخر على خلاف القاعدة ثبت في الفترة الواقعة بين العقد والتصرف والقدر المتيقّن منه تعاطي المالكين ، فلا تثبت الاباحة الشرعية في تعاطي الفضولي إلّا أنّ هذا لا يمنع من حصول الملك عند التصرف فإنّه حكم على القاعدة . فهذا الوجه لا يمكن المساعدة عليه .

هذا كلّه في المعاطاة المقصود بها الملك وأمّا المعاطاة المقصود بها الاباحة فقد ظهر حكمها ممّا سبق ، فإنّ الكشف الحكمي لا يعقل فيها والحقيقي لا يمكن الالتزام به إثباتاً ، والنقل يجري لكن الاجازة بنفسها إباحة من المالك فهي إباحة مالكية تحصل بنفس الاجازة .

الكلام في الاجازة

بعد الفراغ عن صحّة بيع الفضولي يقع الكلام في الاجازة وأنّها كاشفة أو ناقلة، بمعنى أنّ الرضا والاجازة المتأخّرة يفرض وجوده مقارناً للعقد السابق، أو أنّ العقد السابق يفرض وجوده متأخّراً ومقارناً مع الاجازة المتأخّرة، فعلى الأوّل لابدّ من الالتزام بالكشف كما أنّه على الثاني لابدّ من الالتزام بالنقل.

والكلام في المقام يقع في إمكان الكشف في حدّ نفسه أوّلاً وبعد الفراغ عن إمكانه يتكلّم في وقوعه وعدمه، كما أنّه إذا بنينا على استحالته لا يبقى مجال للبحث عن وقوعه، فنقول:

أمّا الكشف الحقيقي بمعنى أنّ الاجازة لا مدخلية لها في البيع أصلاً وإنّما هي كالعَلَم المنصوب على باب دار للأمارية والكاشفية عن وجود التعزية هناك من دون أن يكون له دخل في التعزية بوجه، بأن تكشف الاجازة عن تحقّق حصّة خاصّة من العقد الذي هو مؤثّر في الملكية عند الله فرضاً كما إذا فرضنا أنّ بعض العقود يفيد الملكية عند الشارع بنفسه وبعضها لا يفيدها، والاجازة تكشف عن أنّ العقد الواقع سابقاً قد أثّر في الملكية عند الشارع، فهذا المعنى من الكشف ممّا لا ينبغي الإشكال في إمكانه واقعاً، إلّا أنّه لا دليل على إثباته ووقوعه خارجاً، لأنّ مقتضى الأدلّة الواردة في البيع أنّ الاجازة والرضا دخيلان في الملك كقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ

﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[١] ونحوه ، وأنّ الاجازة كغيرها من الشرائط دخيلة في الملكية لا محالة ، وبالجملة أنّ كون الاجازة ممّا لا مدخلية له في الملكية ممّا لا دليل عليه ودون إثبات ذلك خرط القتاد .

وقد يقال بالكشف بمعنى أنّ الاجازة دخيلة في الملكية كدخالة غيرها من الشروط ، وأنّ الملكية مشروطة بها لا محالة إلّا أنّ الاجازة المتأخّرة تكون مؤثّرة في حصول المشروط سابقاً ، وهذا لا ضير في الالتزام به في الشرعيّات وإن كان ذلك مستحيلاً في الاُمور التكوينية ، لأنّ المشروط يستحيل أن يتحقّق قبل حصول شرطه وإلّا فلا معنى لكونه شرطاً كما هو ظاهر ، إلّا أنّه يختصّ بالاُمور التكوينية دون الشرعية ، بل قد وقع نظير ذلك في الشرعيات في موردين :

أحدهما : الواجبات التركيبية كالصلاة ونحوها فإنّ كون التكبيرة مأموراً بها في الصلاة وصحيحة واقعاً متوقّف على التحاق الأجزاء الآتية وتعقّبها بها حتّى السلام فإنّه ما دام لم يسلّم لا يمكن أن تكون التكبيرة مأموراً بها كما لا يخفى ، ومع ذلك تكشف التسليمة عن أنّ التكبيرة من حين تحقّقها كانت صحيحة ومأموراً بها فقد تحقّق المشروط قبل شرطه .

وثانيهما : غسل المستحاضة فإنّه يجب عليها الاغتسال للعشاءين وللظهرين وللفجر ، فأمّا اغتسالها للعشاءين فلم يثبت كونه شرطاً لصحّة صومها وأمّا الاغتسال للظهرين فهو شرط لصحّة صومها في اليوم مع أنّه إذا تحقّق يكشف عن أنّ صومها إلى الظهر صحيح ومأمور به شرعاً وأنّه تحقّق قبل شرطه . وأمّا الاغتسال للفجر فالاحتياط فيه كما ذكره بعضهم أن تؤخّره إلى بعد الفجر بزمان

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

وإن ذكر في العروة[١] أنّها تغتسل قبل الفجر إلّا أنّه خلاف الاحتياط ، وكيف كان فصحّة الصوم في الآنات المتأخّرة عن الفجر إلى زمان الاغتسال متوقّفة عليه أي على الاغتسال ، مع أنّه بوجوده يكشف عن صحّة الصوم في الأزمنة المتقدّمة عنه إلى الفجر ، فقد تحقّق المشروط قبل حصول شرطه .

فالجواب عن ذلك : أنّ ما ذكره الخصم في المقام نظير أن يقال إنّ اجتماع النقيضين إنّما يستحيل في الاُمور التكوينية دون الشرعيات كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] وذلك لأنّ معنى كون الاجازة شرطاً في حصول الملكيّة أنّ الملكية لا تتحقّق قبلها ، ومعنى أنّها تحقّقت قبل الاجازة أنّ الاجازة ليست شرطاً في صحّة الملكية وحصولها ، وهذان الأمران ممّا لا يجتمعان ، وأمّا الموارد التي نقض بها الخصم في المقام فليست كما توهّمه من قبيل تقدّم المشروط على شرطه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وكيف كان فهذا المعنى من الكشف أمر غير معقول فلا حاجة إلى التكلّم عنه في مقام الاثبات والوقوع .

وهناك معنى ثالث للكشف متوسّط بين المعنيين المتقدّمين وهو أن يقال : إنّ شرط الملكية عبارة عن تعقّب العقد بالاجازة واقعاً ، واتّصافه بكونه متعقّباً بها كافٍ في حصول الملكية شرعاً ولو لم يعلم بذلك أي بالاتّصاف والتعقّب ، فلذا يجوز له التصرّف في المال فيما علم أنّ المالك سيجيز المعاملة ، فيجوز له وطء الأمة وغيره من التصرفات في المبيع ، وعليه فالاجازة المتأخّرة خارجاً تكشف عن أنّ العقد السابق مؤثّر من الابتداء وأنّه متّصف بالتعقّب أوّلاً وإن لم يعلم به المشتري أو البائع .

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٢٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤١ .

والموارد المتقدّمة أيضاً من هذا القبيل فإنّ الشرط في صحّة التكبيرة في الصلاة هو أن تكون متّصفة بالتعقّب بالقيام والركوع والسجدتين والتشهّد والتسليمة كما لا يخفى ، فالتسليمة تكشف عن أنّ التكبيرة كانت متّصفة بالتعقّب بالأُمور المذكورة من الابتداء واقعاً ، وكذا الحال في صحّة صوم المستحاضة . وكيف كان فالاجازة دخيلة في الملكية بهذا المعنى لا بالمعنى المتقدّم حتّى يكون مستحيلاً وأنّ الاجازة تكشف عن حصول الملكية وصحّة العقد واتّصافه بالتعقّب واقعاً من الابتداء في علم الله أو في علم المجيز الذي يعلم أنّه سيجيز وذلك ظاهر .

وهذا المعنى من الكشف وإن كان معقولاً واقعاً وممكناً في حدّ نفسه إلّا أنّه لا دليل عليه في مقام الوقوع والاثبات ، فإنّ ظاهر الأدلّة المتقدّمة أنّ الرضا بنفسه شرط في التجارة لا أنّ تعقّب البيع بالرضا شرط في حصول الملكية وذلك واضح .

ثمّ إنّه التزم بعض المحقّقين في المقام على ما حكاه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] بالكشف الحقيقي في الاجازة بمعنى أنّها تكشف عن أنّ العقد الواقع سابقاً كان مقارناً لجميع شرائط الصحّة والملكية ، وأنّ الشرط في الملكية هو الرضا ولو على نحو التقدير ، والاجازة المتأخّرة تكشف عن أنّ المجيز لو كان ملتفتاً إلى البيع حين العقد لأجازه ورضي به ، وهذه الاجازة التقديرية كافية في حصول الملكية وصحّة العقد ، فالاجازة تكشف عن أنّ العقد السابق مقارن لشرطه وهو الاجازة التقديرية كما عرفت .

وهذا من غرائب الكلام ، وذلك **أمّا أوّلاً** : فلمنع الملازمة بين الاجازة المتأخّرة وكونه بحيث لو علم بالعقد حين البيع لأجازه ، إذ ربما لا يكون المالك متوجّهاً إلى المنفعة في المعاملة فلا يكون راضياً بها ولكنّه بعدما التفت إلى الحال

---

(١) منية الطالب ٢ : ٥٢ نقلاً عن المحقّق الرشتي في بدائعه : ٣٢٣ .

يبدو له فيجيز، والبداء بالمعنى الحقيقي ممّا لا إشكال في إمكانه ووقوعه بين العباد .

وثانياً: أنّا ذكرنا سابقاً أنّ الرضا الفعلي حين العقد ما لم يبرز لا يخرج البيع عن الفضولية ولا يكفي في حصول الملكية بالعقد، بل يحتاج إلى الاجازة لا محالة فكيف بالرضا التقديري فإنّه لا يكفي في صحّة البيع وحصول الملكية أبداً، هذه هي الوجوه المذكورة للكشف، فعلى تقدير تمامية استدلال القائلين بالكشف لابدّ من الالتزام بما هو معقول من الوجوه المذكورة .

فقد استدلّ المحقّق(١) والشهيد(٢) الثانيان للقول بالكشف : بأنّ العقد سبب تامّ في الملكية لقوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** وتمامه في الفضولي إنّما يعلم بالاجازة فإذا أجاز تبيّن كونه تامّاً يوجب ترتّب الملك عليه وإلّا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة بل به مع شيء آخر، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الكلام وإن صدر من العَلَمين العظيمين إلّا أنّ الأنسب أن يقال إنّا لا نفهم ما أرادا من هذا الكلام، فإنّهما إن أرادا بذلك أنّ الاجازة لا مدخلية لها في حصول الملكية أصلاً، وأنّ العقد هو السبب التامّ فيها، فهو خلاف المستفاد من قوله تعالى : **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** مضافاً إلى أنّ لازم ذلك أن لا نحتاج إلى الاجازة بوجه لتمامية العقد وقد فرضناه تمام السبب، وهذا ممّا لا يلتزم به المستدلّ .

وإن قالا بأنّ الاجازة دخيلة في الملك لا محالة، فيرد عليهما بأنّها حينئذ كيف تكشف عن حصول الملك سابقاً وكيف يتبيّن كون العقد الواقع سابقاً تامّاً مع أنّ شرطه متأخّر عنه بحسب الفرض .

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٧٤ ـ ٧٥ .

(٢) الروضة البهيّة ٣ : ٢٢٩ .

وإن أرادا أنّ الشرط هو التعقّب بالاجازة لا نفسها ، فهو من باب المصادرة لا محالة ، إذ لا دليل على أنّ التعقب بها شرط في صحّة المعاملة كما هو ظاهر .

ثمّ إنّهما قد استدلّا للكشف ثانياً بأنّ الرضا وإن كان شرطاً في حصول الملك شرعاً إلّا أنّه غير الشرائط الاُخر كالقبض في بيع الصرف فإنّه من الاُمور القارة بخلاف الرضا فإنّه أمر تعلّقي ومن قبيل الأوصاف ذات الاضافة فلابدّ من أن يتعلّق بشيء لا محالة ، وفي المقام إنّما تعلّق بالملكية السابقة التي هي مضمون العقد الصادر من الفضول ، وعليه فتكشف عن الملكية من أوّل الأمر .

وقد أورد عليه بعضهم ومنهم شيخنا الأنصاري[١] وشيخنا الاُستاذ[٢] (قدّس سرّهما) بوجهين :

أحدهما : أنّ المنشأ في البيع الفضولي ليس إلّا نفس المبادلة ومجرد الملكية وليست مقيّدة بزمان دون زمان ، نعم بما أنّ الانشاء من الزمانيات فلا محالة يقع في زمان ، والمنشأ أيضاً يتحقّق في زمان ولكنّه غير مقيّد بشيء بل إنّما أنشأ أصل المبادلة لا المبادلة المقيّدة باليوم السابق ونحوه ، وعليه فالرضا وإن كان من الاُمور التعلّقيّة إلّا أنّه إنّما تعلّق بأصل المبادلة المنشأة في البيع الفضولي لا بالمبادلة المقيّدة بكونها في اليوم السابق ، وهذا نظير القبول الذي يتعلّق بالايجاب المنشأ بانشاء البائع فكما أنّه يتعلّق بأصل المبادلة المنشأة بالايجاب لا بالمبادلة المتحقّقة بالايجاب المقيّدة بكونها قبل القبول وإلّا لزم أن تتحقّق الملكية قبل تمام العقد وقبل القبول مع أنّها لا تتحقّق إلّا بالقبول ، وكذلك الحال في المقام . وبعبارة اُخرى أنّ الايجاب إنّما يفيد أصل المبادلة لا المبادلة المقيّدة بكونها حين الايجاب المتقدّم على القبول ، إذ

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٠٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٥٣ .

لازمه ما عرفت من تحقّق الملكية قبل القبول فإنّه رضى بالايجاب لا محالة ، والمقام أيضاً من هذا القبيل ولعلّه واضح .

وثانيهما : أنّ نظر المجيز وإن فرضنا أنّه تعلّق بالملكية المتقدّمة وقلنا إنّه رضي بتلك الملكية مثلاً إلّا أنّ المتّبع هو الحكم الشرعي ونظر الشارع دون نظر المتعاملين والمجيز ، والمفروض أنّ الشارع إنّما يحكم بالملكية بعد الاجازة لا قبلها لأنّ العقد بالاجازة يستند إلى المالك وأمّا قبلها فهو أجنبي عنه فلا تشمله أدلّة الامضاء ، فالشارع يحكم بالملكية بعد الاجازة ، كما يحكم بها بعد القبول أو بعد القبض في الصرف مع أنّ غرض المتعاملين في الصرف إنّما هو الملكية من حين العقد لا بعد القبض وهو واضح ، وعليه فالملكية إنّما هي متأخّرة عن الاجازة فكيف تكشف الاجازة عن الملكية المتقدّمة ، هذا .

ولنا في كلا الايرادين إشكال ، **أمّا الايراد الأوّل** ، فلأنّه إنّما يتمّ بناءً على المسلك المشهور من أنّ الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، وعليه يمكن أن يقال إنّ إيجاد الملكية غير مقيّد بشيء ، وأمّا بناءً على ما سلكناه في معنى الانشاء وقلنا إنّه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني المتحقّق في اُفق النفس فيستحيل أن لا تكون الملكية مطلقة ولا مقيّدة ، لاستحالة الاهمال في الواقعيات ، يعني أنّ الحاكم والمعتبر لابدّ إمّا أن يعتبر الشيء على نحو الاطلاق وإمّا على نحو التقييد ، وأمّا الاهمال وأنّه لا يدري ما جعله فهو مستحيل ، وعليه فالملكية المعتبرة في النفس لابدّ إمّا أن تكون مطلقة أي من هذا الزمان إلى يوم القيامة ، أو مقيّدة بزمان كالملكية بعد ساعة ونحوها ، وبما أنّ الملكية غير مقيّدة بزمان فتكون مطلقة لا محالة يعني من هذا الزمان إلى الآخر ، والاجازة إنّما تعلّقت بتلك الملكية المطلقة أعني الملكية من زمان البيع إلى الآخر ، فلا محالة تكشف الاجازة عن الملكية من أوّل الأمر .

وأمّا النقض بالقبول فهو غير وارد على المحقّق والشهيد الثانيين ، لأنّ الملكية

المنشأة بالايجاب مقيّدة بالقبول وليست مطلقة فكأنّه قال : بعتك إن قبلت ، فلذا ذكرنا أنّ مثل هذا التعليق في المعاملات ممّا لا بأس به ، لأنّه تعليق يقتضيه العقد بنفسه ، ولا معنى لتقدّم الملكية حينئذ على القبول لأنّها قد أُنشأت معلّقة على قبول المشتري وذلك ظاهر .

وأمّا الايراد الثاني ، فلأنّ الشارع وإن حكم بالملكية بعد الاجازة لا قبلها إلّا أنّه لا ينافي أن يحكم بعد الاجازة بالملكية من أوّل الأمر ، ولا مانع من تغاير زماني الحكم والمحكوم به ، كما وقع عكس ذلك في الوصية حيث حكم بالملكية للموصى له بعد الموت ، فإنّ الحكم في زمان الوصية والمحكوم به هو الملكية بعد الموت ، فإذا جاز ذلك فليكن عكسه أيضاً جائزاً ، ففي المقام قد حكم بعد الاجازة بالملكية المتقدّمة .

والذي يوضّح ذلك : ملاحظة باب الاجارة كما إذا آجر الفضولي دار شخص من أوّل السنة فأجازها المالك بعد عشرة أيّام مضت من أوّل السنة ، فإنّ الاجارة عبارة عن ملك المنافع وقد حكم الشارع بصحّتها بعد الاجازة ، ولكن الحكم بعد عشرة أيّام ، وملكية المنافع التي حكم بها هي الملكية من أوّل السنة ، فالحكم بعد الاجازة والمحكوم به هو الملكية من أوّل الأمر ، وقد عرفت أنّه لا مانع من تغاير زماني الاعتبار والمعتبر ، بل لولا الإجماع على بطلان التعليق في العقود لقلنا بصحّة البيع معلّقاً على مضيّ ساعة أو على شيء آخر بأن يكون الاعتبار أعني اعتبار الملكية فعليّاً والمعتبر الذي هو الملكية متأخّراً وبعد ساعة .

وهذا الذي ندّعيه في المقام ليس من الكشف الحقيقي أو الحكمي في شيء ، لأنّ المفروض أنّ المشتري ليس مالكاً للمال قبل الاجازة واقعاً وفي نفس الأمر حتّى يكون ذلك من الكشف الحقيقي ، كما أنّه ليس من الكشف الحكمي إذ لا تنزيل في البين بأن ينزّل المشتري منزلة المالك في ترتيب آثار الملك عليه المعبّر عنه بالكشف

الحكمي ، وإنّما هو أمر آخر وتوضيحه : أنّ الأُمور الاعتبارية كالبيع والنكاح والايجاب والتحريم ممّا لا وعاء له إلّا وعاء الاعتبار ، فإنّ الإنسان يعتبر زيداً مالكاً في الخارج ، لا بمعنى أنّ الملكية توجد خارجاً ، بل بمعنى أنّ البائع يعتبر المشتري مالكاً في الخارج بالاعتبار ، وهو نظير تصوّر الأمر الخارجي فإنّ زيداً المعدوم إذا تصوّرناه خارجاً فمعناه ليس إلّا تصوّره في الخارج لا وجوده في الخارج حقيقة .

وكما أنّ الاعتبار والمعتبر يتّحدان بحسب الزمان تارةً ويقع أحدهما مقارناً للآخر زماناً كما إذا اعتبرنا زيداً مالكاً فعلياً لشيء ، فاعتبار الملكية والملكية المعتبرة متحقّقان في زمان واحد ، كذلك يمكن أن ينفكّ أحدهما عن الآخر بأن يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر أمراً متأخّراً ، كما في الوصية فإنّ اعتبار ملك الموصى له فعلي والمعتبر الذي هو الملكية بعد الموت ، وكما أنّ اعتبار وجوب الحجّ في حقّ غير المستطيع فعليّ والمعتبر الذي هو الوجوب بعد الاستطاعة ، وهذا ليس من الواجب التعليقي بوجه ، لأنّ المعتبر وهو الوجوب والاعتبار كلاهما فعليّان في التعليقي ، وزمان متعلّق المعتبر وهو الفعل متأخّر ، وأمّا في المقام فالاعتبار فعلي دون المعتبر فإنّه متأخّر كما عرفت ، فلذا لا يجب على غير المستطيع تحصيل شيء من مقدّمات الحجّ ، لأنّ الوجوب غير فعليّ في حقّه وإن كان الاعتبار فعلياً .

كما يمكن أن يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر أمراً متقدّماً كما إذا اعتبرنا في الحال زيداً مالكاً من أمس ، فالاعتبار حالي والمعتبر أمر متقدّم ، بل ولولا مخالفة الارتكاز العرفي وانصراف الأدلّة لقلنا بصحّة أن يبيع فعلاً ماله من أمس بأن يقول : بعتك داري من أمس ، فيكون المشتري مالكاً لها من ذلك الزمان ويطالب البائع بالأُجرة من أمس ، إلّا أنّ مثل ذلك خلاف ما ارتكز في أذهان العقلاء ، والأدلّة والعمومات لا تشمله ، وإلّا فلا مانع من أن يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر متقدّماً

فهو مالك حقيقة للمال من أمس ، وأمّا في المقام فبما أنّ العقد متحقّق قبل الاجازة فلا مانع من أن تشمله العمومات وتوجب صحّة البيع في المقام ، هذه خلاصة المدّعى في المقام .

والذي يمكن أن يورد عليه كما أورده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) أمران :

أحدهما : أنّ الحكم بملكية شيء لشخصين مستحيل والعبرة إنّما هو بتعدّد المتعلّق لا بتعدّد زمان الاعتبار ، فلو كان المتعلّق واحداً فالحكم عليه بحكمين متنافيين محال ، ولو كان الحكمان والاعتباران في زمانين كما إذا حكم في اليوم بوجوب الصوم في الغد ثمّ حكم في أوّل الغد بحرمة الصوم فيه أو باستحبابه أو باباحته أو بكراهته ، فإنّه مستحيل وإن كان زمان الاعتبارين والحكمين متعدّداً كما أنّ المتعلّق إذا كان متعدّداً يصحّ أن يحكم عليهما بحكمين ولو كانا في زمان واحد كما إذا حكم في زمان واحد بوجوب السفر في الغد وباستحبابه في اليوم فإنّه أمر ممكن ، وفي المقام متعلّق الحكم والاعتبار واحد وهو الملكية قبل الاجازة ولكن نعتبرها قبل الاجازة للمالك وبعد الاجازة للمشتري ، فهي شيء واحد قد حكم به لشخصين وهو مستحيل .

وقد تعرّض لهذا في حكم الخروج من الأرض المغصوبة ، وأجبنا عن ذلك بأنّ ما أفاده إنّما يتمّ في الأحكام البعثية والزجرية وهي التكليفية فقط حيث إنّها تحتاج إلى المتعلّق لا محالة ، والشيء الواحد لا يمكن أن يبعث إليه ويزجر عنه ولا يمكن إيجابه وتحريمه أو إباحته وكراهته لأنّ معنى ذلك أنّه واجد للمصلحة وغير واجد له أو أنّه واجد للمفسدة وغير واجد له وهو تناقض ، وأمّا الأحكام الوضعية فلا ، لأنّها ناشئة من مصالح في جعلها ولا مانع من أن يعتبر في زمان شخصاً مالكاً

---

(١) أجود التقريرات ٢ : ١٨٨ .

لشيء لأجل مصلحة في هذا الاعتبار وأن يعتبر في زمان آخر غيره مالكاً له لأجل مصلحة أُخرى، وهذا أمر ممكن في الاعتبار.

وتوضيح ذلك: أنّ المعتبر لا وجود له في وعاء من الأوعية إلّا في وعاء الاعتبار، بمعنى أنّ الموجود إنّما هو الاعتبار الذي هو من أفعال النفس، والمعتبر له وجود تبعي بتبع الاعتبار، ففي الحقيقة لا وجود إلّا للاعتبار، وقد عرفت أنّه فعل من الأفعال نظير التصوّر، فإنّه أي الاعتبار ليس إلّا البناء على أنّ فلاناً مالك، ولا مانع من أن يصدر من المالك أو الشارع اعتباران ولو كان المعتبر شيئاً واحداً لأجل ما فيهما من المصالح حتّى يخرج عن اللغوية، فيعتبر المشتري بعد الاجازة مالكاً من حين العقد كما أنّه كان ملكاً للمالك قبلها، نعم إذا كان زمان الاعتبارين واحداً استحال ذلك، لتناقض الآثار المترتّبة على الاعتبارين، فإنّ أثر الاعتبار الأوّل استقلال زيد في التصرف ـ مثلاً ـ وأثر الاعتبار الثاني إستقلال عمرو في التصرف ولا يمكن أن يستقلّا في التصرف في زمان واحد.

الايراد الثاني الذي يمكن أن يورد به على المختار: هو ما ربما يقال من أنّ اعتبار الملكية السابقة بعد الاجازة إنّما يتمّ في القضايا الخارجية والموالي العرفية التي نظرها إلى البيوع الخارجية، فلا مانع في مثلها من أن يقال إنّ الاجازة بما أنّها متعلّقة بالعقد الواقع سابقاً لا مانع من أن يكون الحكم والاعتبار بعد الاجازة والملكية من أوّل العقد والبيع، وأمّا في القضايا الحقيقية والأحكام الشرعية التي لا نظر فيها إلى الخارج بوجه بل إنّما هي مترتّبة على موضوعاتها المقدّرة الوجود وصادرة قبل خلق الخلق والعالم أو حين نزول الشريعة فلا يتمّ أبداً، لأنّ الشارع إنّما اعتبر الملكية قبل وجود المتبائعين لا محالة، كما هو كذلك في غيرها من الأحكام التكليفية كوجوب الحجّ فإنّه إنّما اعتبره قبل وجود المستطيعين وبما أنّ موضوعه هو المستطيع فقبل صيرورة المكلّف مستطيعاً لا يتوجّه عليه الخطاب ولا يكون باعثاً له، لأنّه

خارج عن الموضوع، وإذا صار مستطيعاً فيشمله الخطاب ويحرّكه نحو المراد، لا أنّ الخطاب يتحقّق بعد استطاعة ذلك المستطيع.

وعليه فنقول: إنّ الشارع الذي اعتبر الملكية هل اعتبرها من حين العقد أو من حين الاجازة، فعلى الأوّل تكون الاجازة كاشفة حقيقة كما أنّها على الثاني تكون ناقلة، فلا يبقى لاستكشاف ما ذكرتموه مجال بأن يكون الاعتبار بعد الاجازة والمعتبر هو الملكية المتقدّمة.

وهذا الايراد يدفعه وجهان: **أحدهما** أنّ اعتبار الملكية أو غيرها من الأُمور الاعتبارية ليس من أفعال الشارع أبداً ولا يعتبر الملكية بوجه حتّى يقال إنّ للشارع اعتبار الملكية ونحوه، وإنّما شأنه الامضاء أو الردع في المعاملات، فقد ردع عن البيع الغرري وبيع الخمر والصليب وأمضى مثل الفضولي ونحوه، ومعنى الردع هو أنّ ما أتى به المتبائعان غير نافذ شرعاً، كما أنّ معنى الامضاء هو أنّ ما أتى به المتبائعان نافذ، وما أتى به المالك في المقام هو الاعتبار بعد الاجازة المتعلّقة بالملكية السابقة والمفروض أنّ الشارع قد أمضى هذا الاعتبار فيقع الاعتبار بعد الاجازة والملكية من أوّل الأمر عند الشارع أيضاً صحيحاً وممضىً.

الثاني: أنّه هب أنّ للشارع اعتبار الملكية كاعتبار المالك والمجيز وأنّ اعتباره أزلي إلّا أنّ هذا لا يضرّ في المقام، فإنّ موضوع اعتباره هي الاجازة، لأنّ الشارع إنّما اعتبر ملكية المشتري من أوّل العقد إذا تحقّقت الاجازة نظير اعتبار المالك والمجيز، فما دام لم تتحقّق الاجازة فلا حكم بالملكية لعدم تحقّق موضوعها وبعدما تحقّقت فيتحقّق الحكم بالملكية من أوّل الأمر كما في وجوب الحجّ بالنسبة إلى الاستطاعة، فكون القضية حقيقية ويترتّب الحكم فيها على موضوعاتها المقدّرة غير مضرّ بالاستدلال كما عرفت.

فتحصّل: أنّ ما ذكرناه في معنى الكشف الذي هو الوسط بينه وبين النقل ممّا لا

غبار عليه ، بل هو الذي تساعده الأدلّة ، لأنّ الاجازة إنّما تتعلّق بالعقد الصادر من الفضولي فيشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ونحوهما ، فيكون الحكم بالملكية بعد الاجازة ، والملكية المحكوم بها من أوّل الأمر كما يوضحه ملاحظة باب الاجارة ، هذا كلّه في بيان الوجه المختار .

وأمّا الروايات الخاصّة الواردة في المقام كصحيحة محمّد بن قيس(١) وما ورد في نكاح الصغيرين(٢) فظاهرة في الكشف جدّاً ، بل بعضها لا يتمّ فيه النقل أصلاً كما في مسألة نكاح الصغيرين اللذين يموت الزوج منهما وتبقى زوجته وتبلغ فتجيز العقد وترث من زوجها ، فإنّه لا معنى فيها أن يقال إنّ الزوجية تتحقّق بعد إجازة الزوجة ، إذ المفروض أنّ زوجها قد مات قبل الاجازة ، فهي صريحة في الكشف وبما أنّ الكشف الحقيقي المتقدّم في الوجوه الثلاثة للكشف لا دليل عليه ، والوجه الثاني منها غير معقول لعدم إمكان تقدّم المشروط على شرطه ، والوجه الثالث أيضاً لا تساعده الأدلّة ، لأنّ مقتضاها أنّ نفس الاجازة والرضا دخيلان لا عنوان التعقّب أو الملحوقية بهما ، فلا محالة تنطبق الأخبار على ما ذكرناه في معنى الكشف . نعم لو لم نتمكّن من تصحيح الوجه المختار لابدّ من الالتزام بالكشف الحكمي في الأخبار كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) لعدم صحّة حمل الأخبار على شيء من الوجوه الثلاثة المذكورة في معنى الكشف .

بقي في المقام إشكال : وهو أنّ حكمهم (عليهم السلام) بعزل حصّة الزوجة في الرواية فيما إذا مات زوجها يكشف عن أنّ إجازتها بعد البلوغ كاشفة حقيقة عن

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠٣ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح١ .

(٢) الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب١١ ح١ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٠٩ .

الزوجية من أوّل الأمر وإلّا لا معنى لعزل حصّتها ، بل لابدّ من أن يتصرّف فيها الورّاث لأنّها ملكهم حقيقة سواء أجازت الزوجة بعد ذلك أو لم تجز ، لكنّه مندفع بأنّ الحكم بالعزل إنّما هو من جهة الاحتياط في الأموال والتحفّظ على المال الذي يحتمل أن يصير ملكاً للغير فيما بعد باجازته ، واستصحاب عدم الاجازة ملغى في هذا الفرض بحكم الشارع كما صنع ذلك في إرث الحمل أيضاً حيث حكم بعزل حصّة الذكرين ، وليس ذلك إلّا من جهة الاحتياط .

وكيف كان ، فمع صحّة الوجه المختار لا مجال للكشف الحكمي أبداً ، إذ مع إمكان الالتزام بكون المشتري مالكاً حقيقة لا معنى لتنزيله منزلة المالك في ترتيب آثار المالكية عليه ، بل التنزيل منزلة المالك في جميع الآثار مع إمكان الالتزام بالملك الحقيقي على الوجه المختار أمر غير ممكن ، وذلك لأنّ المنزّل عليه تارةً يكون أمراً واقعياً تكوينياً كتنزيل الفقّاع منزلة الخمر وتنزيل الطواف منزلة الصلاة ، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون التنزيل بلحاظ بعض الآثار كما يمكن أن يكون بلحاظ جميع الآثار . وأُخرى يكون المنزّل عليه أمراً اعتبارياً فيمكن تنزيل شيء عليه في بعض الآثار كتنزيل من يراد تزويجها منزلة الزوجة في جواز النظر إليها ، ولكن لا يمكن تنزيل شيء منزلة الأمر الاعتباري في جميع الآثار فإنّه في الحقيقة يكون جعلاً لنفس الأمر الاعتباري فإذا نزّلت المطلّقة رجعيّاً منزلة الزوجة في جميع آثار الزوجية فهي زوجة حقيقة ولا معنى للقول أنّها ليست زوجة ولكن نزّلت منزلة الزوجة ، وكما لو نزّل فعل منزلة الواجب في وجوب الاتيان به فإنّه واجب حقيقة إذ لا معنى لايجاب الفعل إلّا ذلك .

وفي المقام لا معنى لأن يقال إنّه غير مالك حقيقة وإنّما نزّل منزلة المالك في ترتيب جميع الآثار ، فإنّ معنى ذلك أنّه مالك حقيقة كما هو واضح .

ثمّ إنّه قد استدلّ فخر المحقّقين (قدّس سرّه)[١] للقول بالكشف وبطلان النقل بأنّه على القول بالنقل يلزم أن يؤثّر العقد المعدوم حين الاجازة في الموجود الذي هو الملكية بعد الاجازة ، فاستدلّ في المقام بوجه عقلي كما هو دأبه (قدّس سرّه) من خلط الفقه بالأحكام الفلسفيّة .

إلّا أنّ ذلك الكلام بمكان من الغرابة والاعوجاج ، لأنّ تأثير المعدوم في الموجود في العلل والمعلولات التكوينية ممكن فضلاً عن العلل التشريعية ومعاليلها كما لا يخفى ، لامكان أن يشرب السمّ فعلاً ويموت بعد شهر ، لأنّ العلّة ربما تحتاج إلى معدّات وشرائط تتحقّق على التدريج ، والمستحيل إنّما هو الانفكاك بين الجزء الأخير من العلّة ومعلولها ، وعليه فلا مانع من أن تتحقّق الملكية بعد العقد بزمان لتوقّف تأثيره على صدور الاجازة ، وإلّا لورد عليه ما نقض به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من أنّ لازم هذا الكلام أن تتحقّق الملكية قبل القبول بعد الايجاب وإلّا للزم تأثير الايجاب المعدوم بعد القبول في الملكية الموجودة بعده ، وكيف كان فتأثير المعدوم في الموجود ممّا لا محذور فيه ، وياليته عكس الكلام واستدلّ بما ذكره للقول بالنقل واستحالة الكشف ، إذ الشرط أعني الاجازة حين العقد معدوم ، فعلى القول بالكشف يلزم أن يؤثّر المعدوم في الموجود ويتحقّق المشروط قبل شرطه وهو مستحيل ، فإنّ ذلك أولى ممّا ذكره في المقام ، هذا كلّه في معنى الكشف وتصويره .

---

(١) إيضاح الفوائد ١ : ٤١٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٠٣ .

بقي الكلام فيما يترتّب على الكشف والنقل من ثمرات

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الاجازة شرطاً وكون الشرط تعقّب العقد بها قد تظهر في جواز تصرّف كلّ منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد ، وظاهر ذلك أنّ التصرف فيما انتقل إليه قبل الاجازة بناءً على أنّ نفس الاجازة شرط محرّم ، لأنّه تصرّف في مال الغير واقعاً ، وأمّا بناءً على أنّ الشرط هو تعقّب العقد بها فلا ، لأنّ الاجازة تكشف عن أنّ العقد كان ملحوقاً ومتعقّباً بالاجازة واقعاً ، لأنّه أمر يمكن أن يتحقّق قبل وجود الاجازة كما يصحّ أن يقال إنّا ملحوقون بالموت فعلاً مع أنّ الموت متأخّر ، أو يقال إنّ الليل ملحوق بالنهار مع أنّ النهار لم يأت بعد ، فإذا علم أنّ المالك سيجيز فتصرفاته تتّصف بالحلّية واقعاً ، هذا ما أفاده في السطر الأوّل من كلامه .

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاده بناءً على كون الشرط هو التعقّب بالاجازة وإن كان صحيحاً كما نقله قبل ذلك عن بعض إلّا أنّ حكمه بعدم جواز التصرفات بناءً على كون نفس الاجازة شرطاً غير تامّ ، بل الصحيح أن يلتزم بإباحة التصرفات فيه ، لأنّ الكلام في الكشف الحقيقي كما هو مقتضى صريح عبارته ، ومعنى الكشف أنّ الاجازة بوجودها المتأخّر عن العقد تؤثّر في الملكية المتقدّمة وتكشف عن الملكية حال العقد ولو بالالتزام بصحّة تقدّم المشروط على شرطه أو بغير ذلك ممّا استند إليه القائل بالكشف في هذه الصورة ، وما أفاده (قدّس سرّه) في المقام إنّما يتمّ على الوجوه الأُخرى لا على الكشف الحقيقي كما هو ظاهر .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) ذكر بعد ذلك بأنّ الثمرة بين الكشف الحقيقي والكشف

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١٠ .

الحكمي مع كون نفس الاجازة شرطاً يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكها ، فإنّ الوطء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الاجازة وحلال واقعاً لكشف الاجازة عن وقوعه في ملكه ، انتهى .

ولا يخفى أنّ ما ذكره في المقام يناقض ما أفاده في السطر الأوّل من كلامه حيث إنّه حكم هناك بعدم حلّية التصرفات بناءً على الكشف الحقيقي فيما إذا كان الشرط نفس الاجازة ، وفي المقام حكم بحلّية مثل الوطء واقعاً بناءً على الكشف الحقيقي وكون الاجازة بنفسها شرطاً ، وهذا تناقض صرف ، ولعلّه صدر اشتباهاً من قلمه الشريف والله العالم بالحال . نعم ما أفاده بناءً على الكشف الحكمي من حرمة الوطء واقعاً تامّ ، كما أنّه حرام بناءً على الوجه المختار ، لأنّه وطء في غير الملك وهو حرام ولو فرضناه عالماً بأنّه سيعتبر مالكاً لها ، وعليه فإذا استولدها لم يحكم عليها بأحكام اُمّ الولد ، لأنّها إنّما تصير كذلك فيما إذا كان الاستيلاد جائزاً شرعاً وقد عرفت أنّ تصرّفه فيها حرام ، فهو زنا إن كان عالماً بالحال وإلّا فهو وطء بالشبهة كما هو ظاهر .

وتفصيل الكلام في الثمرة بين الكشف والنقل وبين أقسام الكشف يقع في جهات :

الجهة الاُولى : في بيان الأحكام الشرعية المترتّبة على التصرّفات في المبيع قبل الاجازة ، وأنّ المشتري إذا استولد الأمة المشتراة بالبيع الفضولي قبل الاجازة هل يحكم بالجواز وتصير الأمة بذلك اُمّ ولد فتجري عليها أحكامها يعني أحكام اُمّ الولد ، أو أنّه محكوم بالحرمة والزنا وأنّها لا تصير اُمّ ولد بذلك الاستيلاد الحرام ؟ وكذا إذا زوّجت المرأة فضولةً ثمّ زنى معها ثالث قبل الاجازة فهل يحكم بأنّه زناً بذات بعل بناءً على القول بالكشف أو أنّه غير محكوم بذلك ؟

احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] في المقام أن يكون الاستيلاد صحيحاً والزنا زناً بذات بعل فيترتّب أحكامهما عليهما كالحكم بعدم جواز بيع الأمة في المثال لصيرورتها أُمّ ولد بذلك الاستيلاد، أو الحكم بالحرمة الأبدية للزاني مع المرأة المزوّجة فضولةً لأنّها حكم الزنا بذات البعل، كما احتمل أن يكون الاستيلاد حراماً ولا يكون الزنا زناً بذات بعل.

ولكنّ بعض المحشّين[٢] قد أصرّ على الاحتمال السابق وإثبات أنّ الاستيلاد صحيح والزنا زنىً بذات بعل حتّى بناءً على القول بالكشف الحكمي بدعوى أنّه مشترك مع الكشف الحقيقي في جميع الآثار غاية الأمر أنّه محتاج إلى التنزيل دون الكشف الحقيقي، هذا.

ولكن التحقيق هو صحّة الاحتمال الثاني بناءً على الكشف الحكمي أو الكشف على الوجه المختار، وأنّ الاستيلاد غير صحيح ولا يُحكم على الأمة بذلك بأحكام أُمّ الولد، كما أنّ الزنا لا يكون زناً بذات بعل ولا تترتّب أحكامه عليه، وذلك لظهور الأدلّة في أنّ الاستيلاد الذي وقع على نحو الحلال حين الفعل هو الذي يوجب حرمة بيع الأمة وصيرورتها بذلك أُمّ ولد، لا الاستيلاد الواقع على نحو الحرام وإن يحكم بحلّيته بعد الفعل والاجازة، كما أنّ الأحكام المترتّبة على الزنا بذات البعل إنّما تترتّب على الزنا الذي يتّصف بكونه بذات البعل حين الزنا، لا ما سيحكم بأنّها ذات بعل بعد مدّة كما في المقام، لانصراف الأدلّة وظهورها في كون الزنا متّصفاً بالزنا بذات البعل حين العمل، والاستيلاد المتّصف بالحلّية حين الفعل، لا المتّصف بذلك بعداً.

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١٠.

(٢) الظاهر هو المحقّق الايرواني في حاشية المكاسب ٢ : ٢٦١.

وهذا نظير الزيادة في الصلاة حيث ذكرنا أنّ الأدلّة إنّما تدلّ على أنّ الزيادة المتّصفة بكونها زيادة من الابتداء توجب البطلان ، وأمّا ما لا يكون زائداً حين تحقّقه ويصير محكوماً بالزيادة بعداً فالأدلّة منصرفة عنه ولا دلالة لها على كونه مبطلاً للصلاة ، ومثّلنا لذلك بما إذا قال : إيّاك نع بقصد القراءة والقرآن وحينما وصل إلى آخر العين بدا له ثمّ ذكر نعبد ، فإنّ كلمة نع ممّا لا معنى له إلّا أنّها لم تكن محكومة بالزيادة من الابتداء بل كانت محكومة بالصحّة والقراءة وصارت محكومة بالزيادة بعد البداء والانصراف ، وقلنا إنّها لا توجب البطلان وإنّما توجبه فيما إذا ذكرها من الابتداء بقصد أمر آخر لا بقصد القرآنية .

وفي المقام أيضاً لا ندّعي الاستحالة وعدم إمكان كون الاستيلاد صحيحاً أو الزنا زناً بذات بعل كما ادّعاه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) حيث ذهب إلى أنّ الأمة لا تصير أُمّ ولد بذلك الاستيلاد ولا يكون الزنا في المثال زناً بذات البعل ، لأنّ الاستيلاد قد وقع على وجه الحرام وبالاجازة لا تنقلب الحرمة إلى الحلّية لاستحالة انقلاب الشيء عمّا وقع عليه ، وكذا الحال في الزنا لأنّه لم يقع بذات البعل حين العمل ولا يصير بالاجازة زناً بذات البعل لاستحالة انقلاب الشيء عمّا وقع عليه ، إذ الأحكام بيد الشارع وله أن يعتبرها كيف ما شاء ، وهذا ظاهر جدّاً ولكن ندّعي انصراف الأدلّة عن مثله إلى ما كان متّصفاً بتلك الأوصاف حين العمل ، وبما أنّهما غير متّصفين بالوصفين عند العمل واتّصفا بهما بعد الاجازة فالاستيلاد لا يكون موجباً لحرمة بيع الأمة ولا يحقّق الاستيلاد شرعاً ، لأنّه حين وقوعه كان محكوماً بالحرمة فرضاً ، كما أنّ الزنا لا يحكم بكونه واقعاً على ذات بعل لعدم اتّصافه به حين العمل ، نعم يترتّب عليه أحكام الزنا فقط لا الزنا بذات البعل كما هو ظاهر

---

(١) منية الطالب ٢ : ٦٨ .

هذا كلّه بناءً على الكشف المختار والكشف الحكمي لأنّهما شيء واحد، وإنّما يفترقان في أنّ الملكية على الكشف المختار ملكية حقيقية وعلى الكشف الحكمي ملكية تنزيلية كما عرفت.

وأمّا بناءً على الكشف الحقيقي فلا إشكال في أنّ الاستيلاد صحيح والزنا زناً بذات بعل وذلك ظاهر.

الجهة الثانية: في أحكام التصرّفات الواقعة من المالك في المال المبيع بالبيع الفضولي وأنّها صحيحة أو فاسدة وأنّ حكمها ماذا، فنقول: إنّ التصرّف الصادر من المجيز قبل الاجازة **تارةً** ينافي العقد الفضولي الصادر قبله بحيث لا يبقى له مجال وهذا كما إذا زوّجت المرأة فضولة ثمّ المرأة قبل الاجازة زوّجت نفسها من شخص آخر فإنّ التزويج الثاني بنفسه ينافي العقد الفضولي لا محالة، وهذا من المرأة ردّ عملي للتزويج الصادر من الفضولي فيما إذا لم تكن عالمة بالعقد الفضولي، وإلّا يمكن أن يقال إنّ نفس إقدامها على التزويج الثاني ردّ لما أصدره الفضولي وهو ظاهر، ففي مثل ذلك لا يبقى مجال للاجازة المتأخّرة، إذ لا يمكن تزويج المرأة من زوجين في زمان واحد.

لا يقال: إنّ الاجازة المتأخّرة تكشف عن أنّ العقد الثاني وقع على زوجة الغير وكان عقداً فضولياً، فهذه الاجازة للعقد الأوّل بنفسها ردّ للعقد الثاني بل هو بنفسه باطل لبطلان العقد على زوجة الغير كما هو ظاهر.

فإنّه يقال: إنّ الأمر بالعكس ولا مجال للاجازة المتأخّرة حينئذ، والوجه في ذلك ما ذكرناه في الاُصول في باب الأمارات من أنّ الموضوع لأحد الدليلين إذا كان تنجيزياً ومتحقّقاً بالفعل فلا محالة يترتّب عليه حكمه ولا يبقى مجالٌ لموضوع الدليل الثاني المتوقّف على عدم موضوع الدليل الأوّل، فإنّ الموضوع إذا تحقّق يترتّب عليه حكمه، وفي المقام بما أنّ المرأة كانت ذات اختيار فقد زوّجت نفسها من الثاني

باختيارها شملتها العمومات وصحّ ذلك العقد ، وبعد ذلك لا يبقى مجال للاجازة المتأخّرة فإنّها إنّما تصحّ من جهة أنّها تسند العقد الأوّل إلى من يعتبر استناده إليه وبذلك كانت تشمله العمومات ، ومع العقد الثاني كيف تكون الاجازة موجبة لاسناد العقد الأوّل إلى من يعتبر إستناده إليه مع أنّها زوجة الغير حسب الفرض وإنّما توجب الاجازة إسناده إليها فيما إذا لم يكن هناك عقد ثانٍ والمفروض أنّها زوّجت نفسها وتحقّق الموضوع وأثّر الحكم أثره .

وبالجملة : أنّ الأدلّة الخاصّة الواردة في صحّة الفضولي لا إطلاق لها بحيث تشمل المقام وصورة وقوع العقد من المجيز ثانياً .

وأمّا الأدلّة العامّة فقد عرفت أنّها إنّما توجب صحّة الفضولي من جهة أنّ الاجازة تسند العقد الفضولي إلى من يعتبر إستناده إليه ، وهذا الإستناد لا يتحقّق مع العقد الثاني فلا تشمله العمومات ، وهذا بلا فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي .

وأُخرى لا يكون التصرّف الصادر من المجيز منافياً للعقد الفضولي وهذا كما إذا أعتق المالك عبده أو باع ماله ثمّ علم أنّ الفضولي قد باعه من شخص آخر فأجاز البيع الفضولي بعد العلم بالحال فإنّ هذا التصرّف ليس منافياً للعقد الفضولي لأنّ بقاء العوضين ليس شرطاً في العقد فلا يعتبر وجودهما حين إستناد العقد إلى المالك بل ينتقل إلى البدل ، وهذا بخلاف النكاح فإنّ كون المرأة خليّة معتبر حين إستناد العقد إليها ولا يمكن الحكم بزوجية المرأة المزوّجة للغير . وهذه الصورة هل يحكم فيها بصحّة الاجازة وبطلان البيع أو العتق أو يحكم ببطلان الاجازة وصحّة البيع والعتق ؟ ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) إنّ الاجازة تُلغى لأنّ المالك يجوز له التصرّف في المال قبل الاجازة ، وهذا التصرّف يُخرج المالك عن كونه مالكاً حين

(١) منية الطالب ٢ : ٦٩ .

الاجازة ، ومن البديهي أنّ المعتبر في كشف الاجازة عن سبق الملكية إنّما هو إجازة المالك دون الأجنبي ، وهو حينئذٍ كالأجنبي بالنسبة إلى المال بمقتضى بيعه وعتقه فلا يبقى مجال للاجازة حتّى تكشف عن الملكية المتقدّمة ، والسرّ فيما أفاده (قدّس سرّه) أنّ الاجازة عنده تتعلّق بالعين لا بالعقد ومن الواضح أنّ البيع أو العتق أو غيرهما من التصرّفات الناقلة تخرج العين عن ملك المجيز فلا يبقى مجال للاجازة لانتفاء متعلّقها وموضوعها .

وفيه : أنّ الاجازة كالفسخ والردّ تتعلّق بالعقد ، وإن كان الردّ دفعاً والفسخ رفعاً من حينه ولكنّهما مشتركان في أنّهما متعلّقان بالعقد ، وكذا الاجازة فالمعتبر أن يكون المجيز مالكاً حين العقد لا حين الاجازة وإلّا فلا تعقل الاجازة بناءً على الكشف الحقيقي ، لأنّ المفروض أنّ المشتري صار مالكاً للمال من حين المعاملة فالمال ملك له حين الاجازة وخارج عن ملك المجيز فكيف تصحّ الاجازة منه وليس ذلك إلّا من أجل أنّه كان مالكاً للمال حين العقد وهذا هو المعتبر في الاجازة .

والتحقيق : أنّه بناءً على الكشف الحقيقي نلتزم بصحّة البيع والعتق وإلغاء الاجازة ، لا لما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) بل لأنّ الالتزام بالكشف الحقيقي إمّا أنّه التزام بشيء مستحيل ثبوتاً وإمّا التزام بما لا دليل عليه في مقام الاثبات كما مرّ في معاني الكشف الحقيقي ، وعليه فالالتزام به في مورد إنّما هو على خلاف القاعدة ومن أجل ضيق الخناق واللّابدّية ولو لأجل ما ذكره فخر المحقّقين (قدّس سرّه) ، فلابدّ أن يقتصر فيه على المقدار المتيقّن لا محالة وهو ما إذا كانت الاجازة من المالك حين الاجازة بمعنى أنّه مالك لولا الاجازة ، لاحتمال أن يكون الكاشف حصّة خاصّة من الاجازة لا مطلقاً ، وبما أنّ المجيز غير مالك للمال حينها فلا نلتزم بكون الاجازة كاشفة عن الملك حقيقة . وهذا الذي نقول بيان لقصور المقتضي عن تصحيح الاجازة في المقام ، وما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) بيان للمانع عن

تأثير الاجازة بعد تمامية المقتضي .

وأمّا على الكشف الحكمي والكشف بالمعنى المختار فبما أنّهما على طبق القاعدة لشمول العمومات لهما ، وإطلاقها يقتضي صحّة الاجازة حتّى فيما إذا لم يكن المجيز مالكاً للعين حين الاجازة ، فنحكم بصحّة الاجازة ونفوذها ويكون المشتري مالكاً للمبيع حقيقة أو تنزيلاً ، ولكن بما أنّ التصرفات الصادرة عن المالك كانت واقعة على ملكه فنحكم بصحّتها وانتقال حقّ المشتري إلى البدل فيطالب المشتري المجيز بالمثل أو القيمة ، وهذا هو مقتضى الجمع بين الأدلّة الدالّة على صحّة تصرّفات المالك في ماله وبين وجوب الوفاء بالعقد بعد الاجازة كما وقع نظيره فيما إذا فسخ من له الخيار وكان المبيع منتقلاً إلى الغير .

الجهة الثالثة : في حكم نقل المالك نماء العين المبيعة كبيع ولد الشاة المبيعة أو بيع أثمار الأشجار فيما إذا تحقّقت بعد البيع وقبل الاجازة ، فبناءً على القول بالنقل لا ينبغي الإشكال في أنّ تصرف المالك في منافع العين تصرّف في ملكه ، لأنّها تابعة للعين ، وهي ملك للمالك قبل الاجازة ، فلو باع منافعها فقد باع ملك نفسه ، وهذا ظاهر .

وأمّا على القول بالكشف الحقيقي فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) على نسخة الولد أنّ المالك إذا نقل الولد ثمّ أجاز البيع الفضولي يبطل بيع الولد لا محالة ، لأنّها تكشف عن أنّ المشتري كان مالكاً للعين من حين العقد فيكون مالكاً للنماء أيضاً بالتبع ، فهو إنّما باع ملك الغير ويكون من قبيل البيع الفضولي ، ولا يبعد أن يكون ذلك موافقاً للارتكاز العرفي أيضاً ، ثمّ احتمل أن تكون الاجازة لغواً وبيع النماء ردّاً للعقد الفضولي فيقع صحيحاً لا محالة ، إلّا أنّ هذا الاحتمال بعيد غايته

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١١ .

وذلك لأنّ مجرّد بيع الثمرة والتصرّف في منافع المبيع لا يمكن أن يكون ردّاً فعلياً للمعاملة الصادرة فضولةً، لأنّ الردّ كالاجازة من الاُمور القصدية، فإذا كان المالك جاهلاً بوقوع المعاملة الفضولية أو باع النماء عدواناً مع بنائه على الاجازة لم يكن ذلك إنشاءً للردّ، نعم لو كان عالماً بالحال وقد قصد بنقل النماء ردّ المعاملة الفضولية يكون ذلك ردّاً ويقع نقل النماء صحيحاً.

فالمتحصّل: أنّ الاجازة في هذه الصورة تكشف عن أنّ تصرّفات المالك في النماء وقعت على مال الغير لا على مال نفسه، ولا يقاس المقام بما إذا باع المالك نفس العين المبيعة حيث حكمنا فيه ببطلان الاجازة المتأخّرة بناءً على الكشف الحقيقي من جهة الأخذ بالمقدار المتيقّن واحتمال أن يكون المؤثّر حصّة خاصّة من الاجازة وهي إجازة المجيز المالك لولا الاجازة، وذلك لأنّ العين موجودة في المقام والنقل إنّما وقع على النماء ولم يقع على ما تعلّق به العقد الفضولي ليحتمل مانعيته عن صحّة الاجازة فالاجازة قد صدرت من المالك لولا الاجازة وهو المقدار المتيقّن من الاجازة المؤثّرة، وأمّا بناءً على الكشف الحكمي أو الكشف بالمعنى المختار فقد ذكر شيخنا الأنصاري(١) أنّ التصرّف في النماء قد وقع صحيحاً في ملك نفسه فلا يكون التصرف حراماً، وكذلك يقع صحيحاً من حيث حكمه الوضعي كما هو مقتضى وقوعه في ملكه إلّا أنّه يدفع قيمة النماء إلى المشتري بعد إجازة البيع، لأنّ النماء يدخل في ملك المشتري بقاءً وإن كان في ملك المالك حين التصرّفات، ومقتضى الجمع بينهما هو الحكم بصحّة البيع وتغريم القيمة للمشتري.

وما أفاده (قدّس سرّه) متين ولا مانع من أن يحكم بملكية المشتري للنماء بعد الاجازة ويترتّب عليه وجوب دفع البدل.

---

(١) المكاسب ٣: ٤١١.

وقد أورد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] بأنّ المنفعة المنفصلة قد انتقلت إلى شخص آخر وليست موجودة حتّى يحكم بملكيتها للمشتري بعد الاجازة، وبعد الانعدام كيف يصحّ الحكم بكونها ملكاً له، هذا.

ولا يخفى عليك أنّ هذه المناقشة ظاهرة الاندفاع، لأنّ الحكم بالملكية ليس بلحاظ حال الانعدام وإنّما هو بلحاظ حال الوجود، فمن الآن يحكم بأنّ الموجود سابقاً ملك للمشتري فيترتّب عليه وجوب دفع القيمة، هذا كلّه بناءً على نسخة الولد.

وأمّا بناءً على نسخة أُمّ الولد فالمسألة داخلة في الجهة الثانية المتقدّمة أعني ما إذا تصرّف المالك في نفس المال المبيع، والكلام في المقام إنّما هو في الجهة الثالثة وهي ما إذا تصرّف المالك في منافع العين المبيعة لا في نفسها، وقد استقرب شيخنا الأُستاذ[٢] النسخة الثانية وقال إنّ الصحيح هو نسخة أُمّ الولد، فلذا أورد عليه ما نقلناه سابقاً من أنّ بيع الأُمّ يوجب لغوية الاجازة المتأخّرة ولا يبقى لها مجال، لأنّ الاجازة تتعلّق بالعين والمفروض أنّها بالبيع انتقلت إلى شخص آخر والمالك أجنبي حين الاجازة حينئذ، ويعتبر في الاجازة أن تكون صادرة عن المالك لا عن الأجنبي، هذا.

إلّا أنّ الصحيح هو النسخة الأُولى وهي نسخة الولد، وذلك لأنّ الشيخ (قدّس سرّه) بعد سطرين أو ثلاثة أسطر يذكر في بيان ضابط الكشف الحكمي أنّ الضابط هو الحكم بعد الاجازة بترتّب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتّب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كاتلاف النماء ونقله ولم يناف الاجازة جمع بينه وبين مقتضى الاجازة بالرجوع إلى البدل، وإن نافى الاجازة كاتلاف العين عقلاً أو شرعاً

(١)، (٢) منية الطالب ٢ : ٧٠.

يعني به البيع والعتق ونحوهما فات محلّها ، مع احتمال الرجوع إلى البدل ، فقد حكم بأنّ الاجازة تقع لغواً فيما إذا أتلف العين عقلاً أو شرعاً ، فلو كانت النسخة نسخة اُمّ الولد لوقع بين كلماته (قدّس سرّه) تهافت ظاهر ، فإنّه (قدّس سرّه) يحكم هناك بصحّة بيع اُمّ الولد ووقوع الاجازة صحيحة أيضاً ويجمع بينهما بدفع القيمة ، وفي هذه الأسطر قد حكم بصحّة بيع العين وإلغاء الاجازة عن التأثير ، وهذا تناقض واضح ولا يناسب مقامه ، فالتحفّظ على مقامه يقتضي أن تكون النسخة الصحيحة نسخة الولد ، وعليه فالشيخ (قدّس سرّه) تعرّض للجهتين أعني التصرّف في نفس العين في هذه العبارة والتصرّف في النماء في العبارة السابقة .

وأمّا الجهة الرابعة : فهي في بيان حكم التصرّفات الصادرة من المشتري في المال قبل الاجازة ، ولا إشكال في أنّه حرام بالحرمة التكليفية بناءً على النقل ، لأنّه تصرّف في مال الغير لا محالة ، كما أنّه إذا وطئ الأمة يحكم بكونه زناً ولو مع العلم بصدور الاجازة من المالك بعد ذلك ، كما أنّه بحسب الحكم الوضعي باطل لأنّه بيع ملك الغير فيكون فضولياً لا محالة ، نعم لو أجاز المعاملة يدخل في من باع شيئاً ثمّ ملك وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى .

وأمّا بناءً على الكشف الحقيقي فلا إشكال في أنّ تصرّفاته جائزة شرعاً ونافذة واقعاً ، غاية الأمر أنّه تجرّى في الاقدام على التصرّفات المحرّمة ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الاجازة ، فلو وطئ الأمة أو باعها فقد تصرّف في ملكه وإن كان جاهلاً بالحال ، وإن كان تصرّفه عبادياً كالوضوء بالماء المبيع فضولة وقع فاسداً ، لمنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القربة .

وأمّا بناءً على الكشف الحكمي والكشف بالمعنى المختار فتصرّفاته في المال حرام تكليفاً ، وأمّا وضعاً فهي وإن كانت في مال الغير بحسب الحدوث إلّا أنّه بحسب البقاء ملك للمشتري فلا مانع من أن يحكم بصحّة التصرّفات المتقدّمة بعد صدور

الاجازة ولعلّه ظاهر ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري[١] أعاد الكلام في بيان الثمرة بين الكشف والنقل من حيث النماء مع أنّه قد تعرّض له قبل ذلك ، ولعلّه أعاده للتعرّض إلى ما أفاده الشهيد الثاني[٢] في المقام حيث ذكر في شرح اللمعة أنّ الفائدة تظهر في النماء ، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعيّن للبائع ، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز ، انتهى . مع أنّ الاجازة على تقدير كونها ناقلة لا توجب تملّك المجيز لنماء الثمن ، وإنّما نماؤه يرجع إلى المشتري كما أنّ نماء المبيع يرجع إلى المالك المجيز ، فكأنّ العقد لم يقع عليه إلّا بعد الاجازة ، فما معنى قوله أنّ نماء الثمن والمبيع للمالك المجيز على تقدير كون الاجازة ناقلة .

وقد وجّهه بعض محشّي[٣] الكتاب بأنّ المراد ما إذا كان كلّ واحد من البائع والمشتري فضولياً ، وأنّ نماء الثمن يرجع إلى مالك الثمن ونماء المبيع إلى مالك المبيع وكلّ واحد منهما مالك مجيز ، فصحّ التعبير عنهما بالمالك المجيز الذي يصدق على كلّ واحد من المالكين ، وليس المراد أنّ نماء الثمن والمبيع يرجع إلى مالك المبيع .

وهذا التوجيه بعيد غايته ، فإنّ قوله : « فهما للمالك المجيز » الظاهر منه أنّ كلاً من نمائي الثمن والمبيع ـ الذي حكم برجوعه إلى البائع في نماء الثمن وإلى المشتري في نماء المبيع على تقدير كون الاجازة كاشفة ـ يرجع إلى شخص واحد على تقدير كونها ناقلة وهو المالك المجيز .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١١ .

(٢) الروضة البهيّة ٣ : ٢٢٩ ـ ٢٣٠ .

(٣) وهو جمال الدين في حاشية الروضة ، ونقله المحقّق الايرواني في حاشية المكاسب ٢ : ٢٦٢ .

وقد ذكر بعض آخر[١] في توجيه العبارة أنّ الحكم برجوع النماء في كلّ واحد من العوضين إلى المالك أعني مالك المبيع هو الصحيح وأنّه على وفق القاعدة ، ولا وجه لرفع اليد عن ظهورها ، وذلك أمّا في نماء المبيع فلوضوح أنّ المال ماله وكذلك النماء ، فقبل الاجازة الموجبة للنقل لا ينبغي الإشكال في أنّه له وهذا بمكان من الوضوح . وأمّا نماء الثمن فلأنّ المشتري الأصيل هو الذي أقدم على تمليكه له في المعاملة ، وهو أي الاقدام يوجب رجوع نماء الثمن إلى مالك المبيع لا محالة ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا أبعد من التوجيه المتقدّم آنفاً ولا يمكن المساعدة عليه بوجه لا صغرىً ولا كبرىً .

أمّا بحسب الصغرى ، فلأنّ الشراء قد يكون فضولياً كالبيع فلم يُقدم مالك الثمن على التمليك ، وقد يكون المشتري أصيلاً لكنّه جاهل بكون المعاملة فضولية ، وقد يكون عالماً بذلك ولكنّه اشترى بمال الصغير الذي تحت ولايته فهو لم يقدم على تمليك مال نفسه وإنّما أقدم على تمليك مال الصغير خلافاً للمصلحة .

وأمّا بحسب الكبرى ، فلأنّ الاقدام ليس من أحد المملّكات في الشريعة المقدّسة ، نعم في التسليط الخارجي كلام بين الأعلام ولكنّه غير المقام أعني المعاملة الفضولية كما لا يخفى .

فالمتحصّل : أنّ هذا التوجيه لا يمكن المساعدة عليه ، فالصحيح حمل العبارة على سهو القلم ، أو توجيه المراد منها بحملها على خلاف ظاهرها كما في التوجيه الأوّل الذي جعله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أولى من التحفّظ على ظاهرها وتوجيه حكمها كما تكلّفه بعض آخر في التوجيه الثاني .

ثمّ إنّ من جملة الموارد التي تظهر فيها الثمرة بين الكشف والنقل أنّ أحد

---

(١) نقله السيّد اليزدي في حاشيته ١٥٤ ، والايرواني في حاشيته على المكاسب ٢ : ٢٦٢ .

المتعاملين إذا كان أصيلاً وكان الآخر فضولياً فالأصيل يجوز له الفسخ أو التصرّف المنافي للاجازة كالبيع ونحوه ممّا يرفع موضوع الاجازة المتأخّرة بناءً على النقل دون الكشف ، هذا .

والأقوال في المسألة ثلاثة ، قول بصحّة التصرّفات الصادرة من الأصيل وكذلك فسخه على نحو الاطلاق ، وقول بعدم صحّتها مطلقاً ، وثالث بالتفصيل بين النقل والكشف وأنّها صحيحة على الأوّل دون الثاني ، وهذا هو الذي ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وذكر أنّ الأصيل يجوز له الفسخ وغيره من التصرفات كتزويج نفسها من ثالث أو عتق العبد المجعول ثمناً بناءً على النقل دون الكشف ، لأنّه أي الأصيل ملزم على المعاملة حينئذ ولا يجوز له الرجوع .

وأمّا شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) فقد ذهب إلى عدم جواز فسخ الأصيل وتصرّفاته حتّى على القول بالنقل ، لأنّ العقد تامّ فيجب عليه الوفاء وإن كانت الملكية متوقّفة على الاجازة ، وعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يقتضي الحكم بوجوب الوفاء بالعقد وحرمة الفسخ عليه ، وهو حكم انحلالي ينحلّ إلى كلّ واحد من المتعاقدين ، وأنّه يجب الوفاء على كلّ واحد منهما بعقد نفسه ولا ربط لأحدهما بالآخر كما لا يخفى .

وهذا الكلام منه (قدّس سرّه) مبنيّ على ما بني عليه في محلّه من أنّ الآية أعني ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إنّما تدلّ على الحكم التكليفي وهو وجوب الالتزام بالعقد وحرمة الفسخ عليه ، وليست ناظرة إلى الحكم الوضعي ، ولا منافاة بين الحكم بحرمة الفسخ ووجوب الالتزام ، وبين توقّف الحكم الوضعي أعني الملكية على الاجازة ، كما وقع

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١٢ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٧٨ .

نظير ذلك في بيع الصرف والسلم فإنّهما بعد المعاملة ملزمان على البيع ويحرم عليهما الرجوع ، ويجب الالتزام بما أنشآه وإن كانت الملكية متوقّفة على القبض والاقباض ، ولا يقاس ذلك بالوقف والهبة وغيرهما من العقود التي دلّ الدليل على جواز الفسخ والرجوع فيها قبل القبض أو بعده ، لأنّها إنّما خرجت بالنصّ ، كما لا يمكن قياس المقام بجواز الفسخ بعد الايجاب قبل القبول ، لأنّ العقد حينئذ غير تامّ وإنّما يتمّ بالقبول ولا مانع من الفسخ قبل إتمام العقد كما هو ظاهر ، وهذا بخلاف المقام فإنّ المفروض أنّ العقد فيه تامّ فيجب عليه الوفاء ويحرم عليه الفسخ ، لأنّ المراد بالعقد في الآية إنّما هو العقد بالمعنى المصدري يعني الايجاب والقبول لا الحاصل من المصدر الذي هو الملكية حتّى يقال إنّها لم تحصل بعد فلا يجب الوفاء ، وبذلك أورد على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في قوله بجواز الرجوع والفسخ قبل تمامية شرائط صحّة العقد ، وأفاد أنّ الالتزام بالعقد واجب سواء حصلت شرائط صحّة العقد أم لم تحصل ، وعليه فلا وجه لتفصيل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بين الكشف والنقل هذا .

ولا يخفى أنّ المراد بالآية لو كان هو وجوب الالتزام وحرمة الفسخ كما أفاده لصحّ ما ذهب إليه أبو حنيفة من أنّ الحكم من الايجاب والتحريم إنّما يصحّ فيما إذا كان متعلّقهما مقدوراً للمكلّف لا محالة ، وعليه فهذه الآية تدلّ على أنّ العقود في حدّ نفسها جائزة وفسخها ممكن وصحيح وإلّا فلا معنى لوجوب عدم الفسخ أو لحرمة الفسخ ، إذ المراد بالفسخ ليس هو لفظة فسخت قطعاً للعلم بعدم حرمتها شرعاً ، بل المراد هو واقع الفسخ الممضى شرعاً ، فلو كانت العقود جائزة فلا وجه للالتزام بها بوجه ، لأنّ الجائز لا يجب الالتزام به وإنّما يجب الالتزام بالعقود اللازمة كما هو ظاهر ، فلا يمكن حمل الآية على الحكم التكليفي كما أفاده ، وإنّما هي مسوقة للارشاد

إلى اللزوم وأنّها لا تنفسخ بالرجوع نظير قوله ﷺ « دعي الصلاة أيّام أقرائك »(١) وعليه فلا يكون العقد مشمولاً للآية إلّا بعد تماميته من حيث الاجزاء والشرائط وترتّب الأثر عليه ، والعقد الفضولي ليس كذلك على النقل ، ومن هنا يظهر أنّ وجوب الالتزام في الصرف والسلم قبل حصول القبض والاقباض أوّل الكلام لأنّه عقد لم تتمّ شرائطه ولم يترتّب الأثر عليه بل إنّما يصير العقد لازماً بعد تحقّق الملكية بالقبض ، وعليه فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّه على النقل يجوز للأصيل الفسخ وسائر التصرّفات التي ترفع مورد الاجازة متين .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ معنى الوفاء في الآية عبارة عن إنهاء العقد إلى آخره ، لأنّ معنى الوفاء بالشيء إنهاؤه إلى آخره ، والآية ترشد إلى أنّه لا ينفسخ بالفسخ ، هذا أوّلاً .

وثانياً : هب أنّ الآية تدلّ على وجوب الالتزام تكليفاً إلّا أنّها إنّما تختصّ بالملّاك ، لأنّها خطاب إلى المالكين وموضوعها العقد أي الارتباط بين التزامي المالكين ، فإذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً فتمامية العقد إنّما هي بعد الاجازة على فرض القول بالنقل ، وأمّا قبلها فلا عقد حتّى يجب الالتزام به بل هناك إلتزام من قبل الأصيل إلّا أنّه غير مرتبط بالتزام المالك الآخر حتّى يكون عقداً ويجب عليهما الوفاء به على نحو الانحلال . نعم بالاجازة يستند البيع إلى المالك وتقع المعاملة بينهما ، فقبل الاجازة لا عقد حتّى يجب عليه الوفاء كما لا يخفى ، هذا كلّه بناءً على النقل .

وكذلك الحال بناءً على المعنى المختار في الكشف فإنّه لا عقد قبل الاجازة ولا مانع من تصرفات الأصيل وفسخه ، وهي توجب ارتفاع مورد الاجازة المتأخّرة .

---

(١) الوسائل ٢ : ٢٨٧ / أبواب الحيض ب٧ ح٢ .

وأمّا بناءً على الكشف الحقيقي فهل ينفذ فسخ الأصيل قبل الاجازة وتجوز تصرّفاته في ماله وتكون نافذة أو أنّها تقع لغواً ، فلابدّ في تحقيق ذلك من التكلّم في جهات :

الجهة الأُولى : في نفوذ فسخ الأصيل وعدمه .

الثانية : في جواز تصرّفاته في المال المنتقل عنه ظاهراً أو واقعاً .

الثالثة : في نفوذ التصرّفات وضعاً .

أمّا الجهة الأُولى : فالظاهر أنّ الفسخ من الأصيل قبل الاجازة لا أثر له بناءً على الكشف الحقيقي ولا يمكن أن يكون نافذاً أبداً ، لأنّ العقد بناءً على هذا القول تامّ ولا قصور ولا نقصان فيه بوجه ، فلذا استدلّ القائل بالكشف الحقيقي بأنّ العقد سبب تامّ فإذا تحقّق العقد من قبل الأصيل فيكون لازماً عليه ويشمله **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(١) وغيره من أدلّة اللزوم كقوله **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾**(٢) فإنّ الفسخ والتصرف في المال بعد صيرورته ملكاً للطرف الآخر تصرّف في مال الغير وأكل للمال بالباطل ، وكذا يجري استصحاب الملكية في المقام إذا شكّ في تأثير الفسخ وعدمه ، فإنّ الاستصحاب يقتضي بقاءه في ملك الطرف الآخر وعدم انتقاله إليه بفسخه فلا ينفسخ بالفسخ ، والقول بعدم تمامية العقد حينئذ هدم لأساس الكشف الحقيقي وهو خلف ، وهذه الثمرة بين النقل والكشف صحيحة .

وأمّا الجهة الثانية : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) أنّ التصرّفات من طرف الأصيل فيما انتقل عنه محرّمة شرعاً لأنّها منافية لوجوب

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤١٣ .

الالتزام والوفاء، هذا.

ولكن الأمر ليس كما أفاده (قدّس سرّه) لأنّ حرمة أكل المال ووطء الأمة وغيرهما من التصرفات ليست من آثار الالتزام بالعقد، وإنّما هي من آثار الملكية الشرعية، والملكية إنّما يُعلم بها بعد الاجازة بمعنى أنّها تكشف عن الملكية المتقدّمة وأمّا قبلها فالمال ملك الأصيل بمقتضى الاستصحاب كما أنّ المبيع ملك لمالكه فلماذا لا يجوز له التصرف في ماله ظاهراً، نعم بعد الاجازة ينكشف أنّها كانت محرّمة عليه في الواقع. والعجب من شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث ذهب إلى حرمة التصرفات في المال ولو مع العلم بعدم إجازة المالك وهذا من غرائب الكلام، إذ أيّ شيء دلّ على تخصيص العمومات المجوّزة لتصرّفات المالك في ملكه، لأنّه ملكه حينئذ ظاهراً أو واقعاً.

وكيف كان، فمقتضى الالتزام أنّي متعهّد بالمعاملة ولا أفسخها ولكنّه لا يستدعي حرمة التصرفات التكوينية بل هي مترتّبة على الأثر الذي يمضيه الشارع وهو المعبّر عنه بالملكية الشرعية وهي غير متحقّقة بعد ولو باستصحاب عدم الاجازة، فتكون تصرّفاته محكومة بالجواز ظاهراً وإن ينكشف بعد الاجازة أنّها كانت محكومة بالحرمة واقعاً.

ثمّ إنّه ممّا ذكرناه يتّضح الفرق بين الوفاء بالنذر والوفاء بالعقد، فإنّ معنى الوفاء في كليهما هو الانهاء إلّا أنّ موارده مختلفة، ففي العقد معنى الانهاء الالتزام بالملكية إلى الأبد وعدم الفسخ، وأمّا في النذر فانهاؤه هو الاتيان بمتعلّقه فعلاً أو تركاً، فترك الفعل أو إتيانه بنفسه ردّ للنذر فيما إذا نذر الفعل في الأول والترك في الثاني.

وملخّص ما ذكرناه في المقام: أنّ الأصيل إذا شكّ في إجازة المالك يجوز له التصرف في المال ظاهراً ولو بحكم الاستصحاب الذي ذكرنا أنّه يجري في الأُمور

المتأخّرة أيضاً ، فإذا تحقّقت الاجازة ينكشف أنّه كان حراماً في الواقع ونفس الأمر ، وأمّا إذا كان عالماً بعدم إجازة المالك فتصرّفاته جائزة ظاهراً وواقعاً .

فالمتحصّل : أنّه لا مانع من جواز تصرّفات الأصيل في ماله قبل إجازة الآخر سواء كان عالماً بعدم حصول الاجازة أو شاكّاً في تحقّقها ، فإنّها تجوز له في الأوّل واقعاً وفي الثاني ظاهراً بحكم استصحاب عدم تحقّق الاجازة ، وبعد تحقّقها ينكشف أنّ التصرفات صدرت من غير أهلها وكانت محرّمة في الواقع ، وقد عرفت أنّ الآية الشريفة أعني قوله تعالى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ إنّما وردت في مقام الارشاد إلى أنّ العقود لا تنفسخ بالفسخ ، وليس المراد منها وجوب الوفاء بالعقود بالحكم التكليفي ، فلو سلّمنا وتنزّلنا عمّا ذكرناه فهي دالّة على وجوب الالتزام بالعقد ، وقد عرفت أنّ التصرف في المال لا ينافي الالتزام ، لأنّ حرمة التصرفات من آثار الملكية لا الالتزام ، فلذا يمكن أن يقال بجواز التصرفات في مثل الهبة وبيع الصرف ونحوهما ممّا اشترطت الملكية فيه بشرط لاحق قبل تحقّق شرطها ، بل لو أغمضنا عن جميع ذلك وقلنا بأنّ الآية بصدد الحكم التكليفي وأنّها تدلّ على وجوب الوفاء بالعقود لا يفيد ذلك في المقام ، لأنّ العقد قبل الاجازة غير معلوم في الفضولي لما ذكرناه سابقاً من أنّ العقد ربط التزام بالتزام آخر ، وهذا الربط لا يُعلم إلّا بعد الاجازة كما لا يخفى ، وأمّا قبلها فمقتضى الاستصحاب عدمه فيجوز للأصيل التصرف ظاهراً وإن كان العقد حاصلاً واقعاً .

نعم إنّما يفيد في مثل الهبة والصرف ، لأنّ العقد فيهما تامّ وإن كانت الملكية فيهما مشروطة بالقبض ولعلّه ظاهر .

نعم لو كان عالماً بصدور الاجازة من الآخر تحرم عليه التصرفات لأنّها تصرف في مال الغير إلّا أنّه ملازم للعلم بدخول العوض في ملكه فيجوز له التصرف فيه .

وممّا ذكرنا ظهر الحال في :

الجهة الثالثة وأنّ تصرفات الأصيل تكون نافذة ظاهراً فإذا تحقّقت الاجازة إنكشف فسادها .

ثمّ إنّ ما ذكرناه في المقام لا يختصّ بمورد خاصّ ويجري في جميع المعاملات الفضولية حتّى النكاح فإذا زوّجت المرأة نفسها فضولة يجوز لها أن تزوّج نفسها من آخر فيما إذا علمت بعدم الاجازة من الآخر أو شكّت في صدورها واستصحبت عدمها ، غاية الأمر أنّ الاجازة بعد تحقّقها تكشف عن بطلان ذلك الزواج ، كما أنّ الزوج إذا كان أصيلاً يجوز له الخامسة وتزويج أُمّ المعقودة أو أُختها كما لا يخفى ، فما ذكره العلّامة (قدّس سرّه)[1] في النكاح إن كان من أجل خصوصية في النكاح فقد عرفت منعه ، وإن كان من أجل أنّ مبناه عدم جواز تصرّف الأصيل مطلقاً فلا بأس به ، لأنّه حكم على المبنى وذلك ظاهر .

نعم ، قد ورد في تزويج الصغيرين[2] أنّ الإمام (عليه السلام) أمر بعزل حصّة الزوجة من الأموال وألغى استصحاب عدم لحوق الاجازة ، ومسألة تزويج الصغيرين وإن كانت خارجة عمّا نحن فيه ، لعدم وقوع معاملة فضولية على المال وإنّما الرواية تتعرّض لحكم تصرف الورثة وهم لا يرتبطون بالمعاملة الفضولية إلّا أنّ الشكّ في إرثهم مسبّب عن الشكّ في لحوق إجازة الزوجة وعدمه ، فإذا جرى استصحاب عدم الاجازة ترتّب عليه إرث الورثة وجواز تصرّفهم في المال . فالمسألة من هذه الجهة مشتركة مع ما نحن فيه ، وقد ألغى الإمام (عليه السلام) هذا الاستصحاب . وفيه : أنّ إلغاء الاستصحاب في مورد لأجل النصّ الخاص لا

---

(١) قواعد الأحكام ٣ : ١٦ .

(٢) تقدّم مصدره في الصفحة ٤٤٤ .

يكشف عن إلغائه في جميع الموارد الفضولية بل يختصّ بمورده ، كما أُلغي استصحاب عدم تولّد الحمل في مسألة إرث الحمل حيث حكم الشارع بعزل نصيب ذكرين .

الكلام في مسألة النذر

التي تعرّض لها شيخنا الأنصاري[١] في المقام ، والكلام فيها يقع من جهتين :

١ ـ من جهة الحكم التكليفي ٢ ـ من جهة الحكم الوضعي .

أمّا الجهة الأُولى ، فملخّص الكلام فيها : أنّ النذر إذا كان على نحو الاطلاق المعبّر عنه بالمنجز ولم يكن مقيّداً بشيء فلا ينبغي الإشكال في أنّ التصرف في المال المنذور للفقراء حرام ، سواء كان النذر نذر نتيجة بأن ينذر انتقال الشاة إلى ملكهم أو كان نذر فعل كنذره أن يملّكها للفقراء ، لأنّه تصرّف فيما يجب تمليكه للغير فلا يجوز أكله ولا بيعه ولا غيرهما من التصرّفات المنافية للوفاء بالنذر ، وهذا ظاهر جدّاً .

كما أنّه إذا كان على نحو الواجب المعلّق بأن يكون النذر معلّقاً على شيء إلّا أنه من الآن يلتزم بالعمل وإن كان ظرف العمل متأخّراً وهو زمان مجيء ولده أو شفاء مريضه كما هو الظاهر فيما إذا كان المعلّق عليه أمراً متيقّن الحصول كما إذا قال : لله عليّ كذا إذا جاء الغد ، فلا إشكال أيضاً في عدم جواز التصرّف في المال ، لأنّ الوجوب فعليّ ومعه كيف يجوز له البيع أو الذبح ونحوهما .

وكذا الحال فيما إذا كان على نحو الواجب المشروط إلّا أنّ الشرط كان معلوم الحصول ، وذلك لما ذكرناه في المقدّمات المفوّتة من أنّ تفويت الملاك الملزم قبيح في نظر العقل وهو كعصيان التكليف المنجز عنده ، ولا إشكال أنّه بذبح الشاة أو بيعها يعجز عن إستيفاء الملاك الذي يعلم أنّه يتوجّه عليه ، فلا يجوز تفويت الملاك لأنّه

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١٦ .

روح الأمر وحقيقته .

وأمّا إذا كان مشروطاً بشرط مجهول الحصول ، فإن كان بنذره ذلك قاصداً لابقاء الشاة أيضاً إلى وقت حصول الشرط المجهول كما هو الغالب في الناذرين فلا إشكال في عدم جواز إتلافها وبيعها أو ذبحها ، لأنّه بنذره ذلك أوجب أمرين : أحدهما تمليك الشاة للفقراء . وثانيهما : إبقاؤها إلى زمان الشرط ، وهذا نظير ما ذكره الفقهاء في الشروط من أنّه إذا باع داره بشرط أن يبيعها المشتري للبائع فيما إذا جاء بمثل الثمن ، فهو بمنزلة اشتراط أن لا يبيعها المشتري للغير .

وفي المقام أيضاً يمكن أن يقال إنّه بنذره ذلك نذر أن يبقي المال إلى ذلك الوقت ، وهذا من دون فرق بين أن يكون الشرط اختيارياً للناذر كما إذا نذر أن يفعل كذا إذا شرب التتن ، وبين كونه غير اختياري له كما إذا نذر كذا إذا نزل المطر في وقت معلوم ، نعم لو فرضناه على نحو الواجب المشروط من دون أن ينذر الابقاء وغيره وكان الشرط مجهول الحصول ، فلا مانع من التصرف في المال ببيعه وذبحه هذا كلّه بحسب الحكم التكليفي .

وأمّا الجهة الثانية : وهو الحكم الوضعي ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ النذر إذا كان نذر نتيجة وكان مطلقاً ، أو كان مشروطاً ولكن حصل شرطه لا يصحّ التصرّف في المال المنذور صرفه في جهات خاصّة ، لأنّه ملك الغير حينئذ فلا تكون التصرّفات نافذة أبداً .

وأمّا فيما إذا كان نذر فعل وكان معلّقاً أو مشروطاً مع كون الشرط معلوم الحصول ، أو غير ذلك من الموارد التي حكمنا بعدم جواز التصرف فيها في المال من دون تعلّق حقّ به وإنّما كان مجرد حكم تكليفي بعدم الجواز ، فهل تصحّ التصرفات في المال حينئذ وتكون نافذة أو أنّها تقع باطلة ؟ فقد وقع فيه الخلاف ، فذهب بعضهم إلى الصحّة والنفوذ ، ومنعه بعض آخر بعد الاتّفاق على صحّة التصرفات ونفوذها

في الموارد التي حكمنا بالجواز فيها تكليفاً .

ولا إشكال في أنّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحّة التصرفات والمعاملات الواقعة على المال في الموارد المبحوث عنها ، وهذا ممّا لا كلام فيه ، وإنّما المهمّ بيان ما استند إليه المانعون في المقام .

فقد استدلّوا على بطلان البيع وسائر التصرّفات بوجهين :

أحدهما : أنّ الملك في المعاملة يعتبر أن يكون طلقاً ولا يصحّ بيع ما ليس بطلق كبيع الوقف والرهن ، والمال في المقام كالرهن والوقف ليس طلقاً لتعلّق حقّ الفقراء أو السادات به أو حقّ غيرهما ممّا نذر صرفه فيه ، وعليه يكون البيع الواقع عليه باطلاً ، هذا .

وفيه : منع الصغرى والكبرى ، أمّا الصغرى فلا ، لانّ المفروض أنّ الموجود في البين ليس إلّا حكماً تكليفياً ولم يتعلّق بالمال حقّ بالنسبة إلى الغير لعدم تحقّق شرطه ، والذي يوضّح ذلك ويدلّ على أنّ الأمر بصرفه في الجهات الخاصّة مجرد حكم تكليفي وليس هناك حقّ للغير هو أنّه لا يقبل السقوط بالاسقاط ولا يسقط بشيء ، فلو فرضنا أنّ فقراء البلد اجتمعوا وأسقطوا حقّهم عن المال لا يسقط وجوب الصرف بذلك بل يجب عليه الوفاء بالنذر على تقدير حصول شرطه ، ومن المعلوم أنّه لو كان حقّاً لكان قابلاً للاسقاط لما ذكرناه في أوائل البيع[1] من أنّ الفارق بين الحقّ والحكم ليس إلّا ذلك ، وأنّ الأوّل يسقط بالاسقاط دون الثاني وإلّا فكلّ حقّ حكم ، فالملك طلق في المقام .

وأمّا منع الكبرى فلما سيأتي[2] من أنّ هذا العنوان أي اعتبار كون المبيع

---

(١) في الصفحة ٣٠ .

(٢) في المجلّد الثاني من هذا الكتاب الصفحة ٢٥٢ .

ملكاً طلقاً لم يرد في شيء من الآيات والروايات وإنّما انتزعه الفقهاء من الموارد الخاصّة كالمنع عن بيع الوقف والرهن وأُمّ الولد ونحوها ، فالعبرة إنّما هي بتلك الموارد لا بالعنوان فلا يمكن التعدّي عنها ، والمقام ليس من قبيل الموارد المذكورة كما هو واضح ، فعلى تقدير تسليم أنّ المال تعلّق به حقّ الغير لا يمكن الالتزام ببطلان بيعه .

الثاني ممّا استدلّ به على المنع : ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً ، وبما أنّ الشارع أمر بصرف المال في الجهات الخاصّة فبالملازمة نستكشف أنّ ضدّها وهو التصرف في المال وصرفه إلى غير الجهات الخاصّة حرام ومنهي عنه شرعاً ، فيكون تسليمه إلى المشتري ضدّاً لصرفه في الجهات ومحرّماً شرعاً ، والممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً فيكون النهي موجباً لسلب القدرة على التسليم ، ومن شرائط صحّة المعاملات هو القدرة على تسليم المبيع وبهذا بنى على أنّ النهي المولوي في المعاملات يوجب الفساد ، هذا .

وفيه : أنّ المتّبع هو الدليل الذي دلّ على اشتراط القدرة على التسليم وهل أنّه دلّ على اعتبار القدرة خارجاً وتكويناً أو على اعتبار القدرة شرعاً أيضاً ، ولا إشكال أنّه إنّما يقتضي اعتبار القدرة على التسليم تكويناً ، ولا إشكال أنّ الناذر قادر عليه خارجاً فلا محالة يصحّ بيعه وإن ارتكب محرّماً شرعياً حينئذ ، وبالجملة أنّه لا تنافي ولا تضادّ بين حرمة التصرفات ونفوذها أبداً ، فلذا يصحّ البيع فيما إذا حلف على تركه غاية الأمر أنّه عاصٍ للحكم التحريمي حينئذ ، والقائل أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً إن أراد بذلك أنّه غير مقدور تكليفاً فهو مسلّم ، وإن أراد أنّه غير مقدور وضعاً بمعنى أنّه غير نافذ فهو أوّل الكلام كما لا يخفى .

---

(١) لاحظ منية الطالب ٢ : ٨٣ .

فالمتحصّل : أنّه لا مانع من الالتزام بصحّة بيع المال الذي تعلّق به النـذر ووجب صرفه في جهات معيّنة وإن كان ذلك معدماً له حينئذ . ثمّ إنّه لا إشكال في صحّة البيع فيما إذا علم برجوعه إلى ملكه عند فعلية النذر بحصول شرطه كما إذا علم أنّه يهبه له أو يبيحه أو يبيعه منه وهكذا ، ولعلّ المانع يمنعه في غير تلك الصورة أيضاً بل لا يكون التصرّف حراماً أيضاً لعدم منافاته الوفاء بالنذر .

ثمّ إنّه ذكر كاشف الغطاء (قدّس سرّه)[١] للكشف والنقل ثمرات أُخر منها : أنّه إذا خرج أحد المتعاقدين ـ ونفرضه الأصيل ـ عن قابلية الملكية والمعاملة بالموت ونحوه ، تصحّ المعاملة بناءً على الكشف لأنّ الاجازة تكشف عن صحّة العقد السابق على الموت ، وهذا بخلاف القول بالنقل فإنّ المعاملة تبطل حينئذ لعدم قابلية أحدهما للملك حين الاجازة ، هذا .

وأورد عليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[٢] بأنّ الخروج عن القابلية يوجب البطلان على كلا القولين ، أمّا على النقل فواضح ، وأمّا على الكشف فلأنّ الاجازة لابدّ وأن تكشف عن الملكية المستمرّة من حين العقد إلى حين الاجـازة ، وعـند خروج أحدهما عن الأهلية لا يمكن الكشف عن الملكية المستمرّة .

وقد أشكل عليه شيخنا الأنصاري (قـدّس سرّه)[٣] بـالنقض والحـلّ ، أمّـا النقض : فبأنّ المشتري إذا باعه من زيد وهو من بكر وبكر من خالد فـلا يـنبغي الإشكال في أنّ الاجازة على القول بالكشف تكشف عن صحّة البـيوع المـتعاقبة وعن أنّ المال قد انتقل إلى المشتري الأوّل من حين العقد ، مـع أنّ المـلكية غـير

---

(١) شرح القواعد (مخطوط) : ٦٢ .

(٢) الجواهر ٢٢ : ٢٩١ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤١٩ .

مستمرّة من حين العقد إلى حين الاجازة حينئذ ، لانتقال المال إلى المشتري الثاني قبل الاجازة حسب الفرض .

وأمّا الحلّ : فهو أنّ الروايات الواردة في البيع الفضولي قد دلّت على عدم اعتبار بقاء المتعاقدين على صفة القابلية والأهلية في بيع الفضولي ، وبعضها صريح في ذلك وبعضها الآخر ظاهر في المدّعى ، ولعلّه أراد بالصريح ما ورد في مسألة العبد المأذون حيث إنّها صريحة في أنّ العبد ينتقل إلى الورثة فيما إذا أقاموا البيّنة مع أنّ المالك الأصيل قد مات وإنّما الحي ورثته ، وأراد بالظاهر ما ورد في المضاربة وفي الاتّجار بمال اليتيم [1] حيث دلّت الأُولى على أنّ العامل إذا صرف المال في غير الجهة المأذون فيها يكون ضامناً للخسران ، والربح يرجع إليهما أي إلى المالك والعامل ودلّت الثانية على أنّ الربح يرجع إلى اليتيم والخسران على المتصرّف في المال ، وهما ظاهرتان في صحّة البيع الفضولي مطلقاً سواء بقي المالك على حياته أم خرج عن الأهلية بالموت ونحوه ، إذ لم يفصّل فيهما بين موته وحياته وترك الاستفصال دليل العموم ، هذا .

ولا يخفى أنّ تلك الأخبار بأجمعها خارجة عن البيع الفضولي على ما ذكرناه سابقاً حتّى أنّ شيخنا الأنصاري لم يستدلّ على صحّة الفضولي بتلك الأخبار وإنّما ذكرها تأييداً ، وعليه فلم ترد رواية منها في الفضولي حتّى يستفاد منها عدم اعتبار استمرار القابلية بالصراحة أو الظهور كما هو ظاهر .

وأمّا النقض الذي أورده على صاحب الجواهر (قدّس سرّه) فأعجب ، لأنّ الكلام في اعتبار قابلية المتعاقدين في نفسهما ، وأمّا الخروج عن المالكية بالاجازة فهو ممّا لا مانع عنه أبداً ، ومن الظاهر أنّ المالك في البيوع المتعاقبة لم يخرج عن أهلية

(١) تقدّمت مصادرها في ص ٣٩٠ ، ٣٩٦ .

الملك والقابلية لولا الاجازة ، فهذا النقض من مثله بالنسبة إلى صاحب الجواهر غريب ، هذا كلّه بالنسبة إلى ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) فإن كان الخروج عن القابلية بالموت فالظاهر أنّ المعاملة صحيحة على كلا القولين من الكشف والنقل .

أمّا على الكشف ، فلوضوح أنّ الاجازة تكشف عن صحّة البيع حين العقد وهما كانا حيّين عند العقد ، وخروج أحدهما عن الأهلية بعده لا يوجب فساد المعاملة للعمومات والاطلاقات الواردة في صحّة بيع الفضولي الشاملة لما إذا خرج أحد المتعاقدين عن القابلية حين الاجازة ، نعم لو كان المدرك في صحّة البيع الفضولي هو الأخبار الخاصّة المتقدّمة كرواية عروة البارقي أو صحيحة محمّد بن قيس ونحوهما ، كان اللازم أن نقتصر على موردها ، وهما ظاهرتان في حياة المالكين والمتعاقدين ، ولم يمكن التعدّي منهما إلى ما إذا خرجا عن الأهلية بالموت إلّا أنّك عرفت أنّ المدرك هو العمومات وهي شاملة للمقام من دون قصور .

وأمّا على النقل ، فلأنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين ولا نظر فيها إلى المالكين ، فإذا صدرت الاجازة من المالك المجيز فتتوقّف صحّة المعاملة على إجازة وارث الأصيل الذي فرضناه خارجاً عن الأهلية بالموت ، لأنّ الموت لا يوجب بطلان المعاملة حينئذ ، غاية الأمر أن يكون بيعه بالنسبة إلى الوارث فضولياً لأنّه باع ما ملكه الوارث بعد ذلك فيتوقّف على إجازة الوارث ، وسيأتي في المسألة الآتية أنّه لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حين العقد على ما ذهب إليه الشيخ أسد الله التستري ، ولا مانع من أن يكون المجيز غير المالك حين العقد ، هذا كلّه بالنسبة إلى الموت .

وأمّا إذا كان الخروج عن الأهلية بالارتداد والكفر ، فالظاهر كما نقل عن كاشف الغطاء وغيره أنّهم لم يفرّقوا في المرتدّ الفطري بين كون المبيع مصحفاً أو عبداً

مسلماً وبين كونه من الأشياء الأُخر ، وقد حكموا بالصحّة على الكشف والبطلان على النقل ، ولكنّه مبني على أنّ الارتداد عن فطرة يوجب عدم قابلية المرتدّ للملك مطلقاً ، إلّا أنّ هذا ممّا لم يدلّ دليل على صحّته وإنّما ورد أنّ المرتدّ عن فطرة تقسّم أمواله بين ورثته وتنتقل إليهم ، وأمّا أنّه إذا اكتسب مالاً بعد الارتداد لا يكون مالكاً له فلا يستفاد من شيء ، وعليه لابدّ في الفطري أيضاً من التفصيل بين كون المبيع من قبيل المصحف والعبد المسلم ونحوهما ممّا لا يملكه الكافر وبين غيره فالثمرة تظهر في بيع المصحف والعبد المسلم فإنّه على الكشف يصحّ لأنّه كان مسلماً حين العقد وعلى النقل يكون باطلاً لأنّه حين الاجازة كافر وهو لا يتملّك شيئاً منهما كما لا يخفى ، وأمّا في غيرهما كالفرش والدار ونحوهما فلا يبطل على النقل أيضاً حتّى في الارتداد عن فطرة ، إذ لا دليل على أنّ المرتدّ الفطري لا يتملّك بعد الارتداد .

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه من بطلان بيع المصحف ونحوه عند ارتداد المشتري قبل الاجازة بناءً على القول بالنقل إنّما هو فيما إذا كان الثمن كلّياً ، وأمّا إذا كان شخصياً وكان الارتداد عن فطرة فهو ينتقل إلى ورثة المرتدّ فتكون المعاملة بقاءً على مال الورثة فتتوقّف على إجازتهم كما مرّ في الموت ، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولي ولا يكون البيع باطلاً ، فلا تكون حينئذ ثمرة بين القول بالكشف والقول بالنقل ، وإنّما تظهر الثمرة عند كون الثمن كلّياً إذ لا مالية له إلّا بالاضافة وهو قد أُضيف إلى ذمّة المرتدّ ، ولا ينتقل إلى الورثة لمغايرة ما أُضيف إلى ذمّته بالنسبة إلى ما في ذمّة الورثة .

والحاصل : أنّ الارتداد موت شرعي ، وعليه فلا فرق بينهما في البيع الشخصي من حيث الصحّة فيهما على كلا القولين من النقل والكشف ، غاية الأمر أنّها على النقل تتوقّف على إجازة الوارث في كلّ واحد من الارتداد والموت ، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولي فيهما ، كما لا فرق بينهما في البيع الكلّي من حيث البطلان

في كليهما على القول بالنقل دون الكشف، لأنّ ما في ذمّة الميّت والمرتدّ غير ما في ذمّة وارثهما، فلا فرق بينهما من هذه الجهات. نعم يظهر الفرق بين الارتداد والموت على القول بالكشف فيما إذا كان الثمن عبارة عمّا في ذمّة أحدهما من المنافع كما إذا اشتريا المصحف أو العبد المسلم في مقابل أن يكنسا دار البائع أو في مقابل عمل آخر، فإنّ البيع في صورة الموت باطل، لعدم تمكّنه من الثمن واستحالة الكنس أو العمل في حقّ الميّت فيبطل، اللهمّ إلّا إذا حكمنا بالانتقال إلى القيمة، وهذا بخلاف المرتدّ فإنّ البيع لا يبطل بالنسبة إليه بل ينتقل المصحف أو العبد إلى الوارث ويلزم المرتدّ على العمل من الكنس أو غيره لقدرته عليه إلّا فيما إذا كان العمل ممّا يشترط فيه الطهارة والإسلام كالصوم والصلاة، فالبيع بالنسبة إلى الميّت باطل لعدم قدرته على تسليم الثمن، وصحيح في حقّ المرتدّ فلا تغفل، هذا كلّه بالنسبة إلى ارتفاع الأهلية والقابلية عن المالكين قبل الاجازة وبعد العقد.

وأمّا إذا ارتفعت القابلية عن المالين وخرجا عن قابلية التموّل بالتلف وشبهه كما إذا صار الخلّ خمراً لأنّه تلف شرعي قبل الاجازة، فيقع الكلام فيه من جهتين: إحداهما أنّ الخروج عن قابلية التموّل هل يوجب بطلان العقد على النقل دون الكشف، وتظهر الثمرة بينهما في مثله أو لا ؟

وثانيهما: أنّ استمرار قابلية التموّل في المالين شرط في صحّة العقد والاجازة كما ادّعاه صاحب الجواهر (١) أو أنّ الاستمرار غير لازم ؟

فأمّا الكلام في الجهة الأُولى فملخّصه: أنّ الخروج عن القابلية بالتلف ونحوه إن كان قبل القبض فلا إشكال في أنّه يوجب البطلان على كلا القولين.

أمّا على النقل، فلوضوح أنّ المال قد تلف قبل البيع والمعاملة على المعدوم

---

(١) الجواهر ٢٢ : ٢٩١.

باطلة .

وأمّا على الكشف ، فلأنّ الاجازة وإن تكشف عن الملكية من حين العقد إلّا أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكه فيوجب التلف انفساخ المعاملة ، إذ المفروض أنّ المال لم يقبض ، ومعنى كلّ مبيع تلف قبل قبضه أنّ المال يدخل في ملك البائع قبل التلف بآن ويتلف في ملك البائع كنايةً عن انفساخ المعاملة ورجوع الثمن والمثمن إلى ملك مالكهما الأوّل فلا تظهر ثمرة بين القولين حينئذ .

وأمّا إذا خرجا عن القابلية بالتلف ونحوه بعد القبض فلا مانع من الالتزام بالصحّة على الكشف والبطلان على النقل وتظهر الثمرة بينهما حينئذ .

والتلف بعد القبض يتصوّر على وجهين :

أحدهما : ما إذا كان المبيع بيد المشتري قبل المعاملة بإذن مالكه كما إذا استأجر الدار من مالكها وسكن فيها بإذنه ثمّ اشتراها بالبيع الفضولي وتلفت قبل الاجازة ، فإنّ المعاملة صحيحة على الكشف لأنّ الملكية حصلت حين العقد وقد قبض المشتري المال ، والتلف بعد القبض لا أثر له ، وذلك لأنّ المفروض أنّ المشتري قد قبض الدار من مالكها بإذنه وإن لم يقبضها المالك بعنوان المعاملة إلّا أنّ قبضه صحيح ومستند إلى إجازة المالك ومثله يكفي في القبض ، ولكنّها باطلة على النقل لأنّها تلفت قبل المعاملة ، والقبض قبلها لا يوجب صحّة البيع أبداً لأنّها قد انعدمت والمعاملة على المعدوم لا تصحّ .

وثانيهما : ما إذا كان الفضولي وكيلاً من قبل المالك في خصوص قبض كلّ ما للمالك من الأموال ، واشترى مالاً للمالك فضولاً وقد قبضه من البائع فتلف بعد القبض ، فإنّه يصحّ على الكشف لتقدّم الملكية والقبض على التلف ، والمفروض أنّ القابض وكيل في قبض أموال المالك وقبضه قبض المالك لا محالة ، ويبطل على النقل لانعدام المال قبل المعاملة .

والغرض من هذا التطويل دفع ما أورده بعضهم ومنهم شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) على كاشف الغطاء (قدّس سرّه) في المقام من أنّ المعاملة عند التلف باطلة على كلا القولين ، أمّا على النقل فظاهر ، وأمّا على الكشف فلأجل أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، إلّا أنّك عرفت أنّ التلف يمكن أن يتصوّر بعد القبض وعليه تظهر الثمرة بين القولين لا محالة ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) مثّل للخروج عن المالية بمثالين : التلف وعروض النجاسة على المبيع مع ميعانه ، ولم نفهم الوجه في المثال الثاني وأنّ عروض النجاسة على المائعات كيف يخرج المائع عن المالية والملكية مع أنّه (قدّس سرّه) صرّح بجواز بيع المتنجّس كالدهن ونحوه للاستصباح أو لجعله صابوناً بل لطلي السفن ونحوه ، فلا يمكن المصير إلى أنّ الدهن بتنجّسه يخرج عن المالية ، غاية الأمر أنّ بيعه غير جائز فيما يتوقّف استعماله على الطهارة إلّا أنّه لا يوجب الخروج عن المالية والملكية بوجه حتّى أنّه لو أتلفه أحد نحكم بضمانه للمالك كما هو ظاهر .

نعم تظهر الثمرة بين القولين في المثال إلّا أنّه لا لأجل خروج المالين عن المالية بل من جهة انتفاء شرط من شروط صحّة البيع ، وعليه ينبغي أن يدرج ذلك في المقام ويلحق بالقسمين المتقدّمين أعني صورة خروج المالكين عن الأهلية وصورة خروج المالين عن المالية ويقال بظهور الثمرة فيما إذا خرج المالكان عن القابلية أو خرج المالان عن التموّل أو انتفى شرط من شرائط صحّة البيع كما عرفت ، هذا كلّه في الجهة الأُولى .

أمّا الكلام في الجهة الثانية : فقد عرفت أنّ صاحب الجواهر (قدّس سرّه)

(١) منية الطالب ٢ : ٨٥ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤١٨ .

قد ادّعى ظهور الأدلّة في اشتراط استمرار القابلية والمالية والشرائط في صحّة المعاملة والاجازة ، وقد تبعه بعض المتأخّرين وذكروا أنّه لا إطلاق في أدلّة صحّة الفضولي ليمكن التعدّي ، بل لابدّ من الاقتصار على المقدار المتيقّن وهو صورة استمرار القابلية والمالية والشرائط .

إلّا أنّك عرفت أنّ ذلك إنّما يتمّ فيما إذا استدللنا على صحّة الفضولي بالأخبار الخاصّة الواردة في بعض الموارد المخصوصة ، وأمّا إذا كان المدرك على صحّة الفضولي هو الاطلاقات والعمومات فلا ينبغي الإشكال في إطلاقها وشمولها للمقام وبها ندفع اشتراط الاستمرار بحسب القابلية والمالية والشرائط ، فلا يمكن المصير إلى ما ذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) من بطلان المعاملة على كلا القولين ، بل قد عرفت أنّ الثمرة بينهما تظهر في الموارد المتقدّمة ، فما ذكره كاشف الغطاء هو الصحيح ، هذا ما يرجع إلى كلمات صاحب الجواهر (قدّس سرّه) .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري في مقام الجواب عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) من أنّه لا دليل على استمرار القابلية والمالية في المعاملة ، بل الدليل على عدم الاشتراط موجود وهو الروايات الواردة في صحّة الفضولي حيث إنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار الحياة في المتعاقدين حال الاجازة ، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي (صلّى الله عليه وآله) عن موت الشاة أو ذبحها وإتلافها ، وإلى فحوى خبر تزويج الصغيرين .

فمندفع بما ذكرناه سابقاً من أنّه (قدّس سرّه) أراد بالظاهر ما ورد في المضاربة وفي الاتّجار بمال اليتيم من أنّ الربح للمالك والصغير ، والخسران على العامل والمتصرّف ، حيث إنّهما ظاهرتان في الاطلاق وعدم التفصيل بين موت

المالك وعدمه ، إلّا أنّك عرفت أنّهما أجنبيتان عن الفضولي ولا دلالة فيهما على صحّته كي يتمسّك بهما في المقام ، وأمّا الصريح فلم نفهم أنّه ما أراد بالصريح في الأخبار ، إذ لا رواية صريحة في ذلك بين الأخبار ، وأمّا رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون فهي صريحة في موت الموكّل وتدلّ على صحّة بيع الوكيل فيما إذا مات الموكّل بعد البيع ، ولا إشكال في صحّة بيع الوكيل ومعاملاته فيما إذا مات الموكّل بعد المعاملة ، وهذه لا ربط لها بالمقام كما لا يخفى .

وأمّا ما استشهد به ثانياً ففيه : أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بعدم موت الشاة أو تلفها ، إذ من البعيد أن تموت الشاة في ذلك الزمان القصير المتخلّل بين بيعها وإجازة النبي (صلّى الله عليه وآله) ، وعلى تقدير الشكّ فالاستصحاب جارٍ وأمّا ذبح الشاة وأنّه لم يستفصل بين ذبحها وعدمه ، ففيه : أنّ ذبحها لا يخرجها عن المالية والملكية كما لا يخفى والكلام في خروج المالين عن المالية فلا تغفل .

وأمّا استدلاله برواية تزويج الصغيرين فهو عجيب ، إذ على تقدير صحّتها في موردها كيف يمكن التعدّي منها إلى المعاملات الفضولية فإنّ التعدّي منها قياس لا نقول به . ودعوى الفحوى والأولوية كما صدرت منه (قدّس سرّه) ممنوعة من جهة أنّا إنّما قلنا بدلالة الرواية الواردة في صحّة النكاح الفضولي على صحّة البيع الفضولي بالأولوية من أجل أنّ النكاح ـ بما أنّ فيه الفروج والأولاد ـ أهم عند الشارع قطعاً ، فإذا صحّ الفضولي في النكاح فتدلّ على صحّته في البيع بطريق أولى .

وأمّا في المقام فبما أنّه لا يترتّب على صحّة النكاح بعد فرض موت الزوج ولد ولا وطء فلا يمكن التعدّي منه إلى البيع ، إذ لا أهمية له عليه ولا أولوية في البين فكيف يمكن التعدّي عن صحّة النكاح بالاجازة الذي لا يترتّب عليه إلّا إرث الزوجة إلى صحّة جميع العقود الفضولية لينتقل الثمن والمثمن إلى المالكين . فالمتحصّل أنّه لا يمكننا المساعدة على شيء ممّا أفاده في المقام ، هذا كلّه فيما إذا كان المالكان

والمالان والبيع واجدين للقابلية والمالية والشروط حين العقد ولكنّها ارتفعت بعد العقد إلى زمان الاجازة .

وأمّا إذا انعكس الأمر كما إذا كان المالكان غير واجدين للقابلية أو كان العوضان فاقدين للمالية أو كان البيع فاقداً للشروط حين العقد فصارا واجدين لها في زمان الاجازة فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المقام أنّ المعاملة باطلة حينئذ على كلا القولين لعدم تمامية الشروط في العقد ، ثمّ ذكر أنّ باب المناقشة في ذلك وإن كان واسعاً إلّا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه ، هذا .

ولكن التحقيق أن يفصّل بين الشروط فإن كان الشرط راجعاً إلى المتعاقدين كالبلوغ والعقل ونحوهما وفرضنا أنّ أحدهما كان صبيّاً حين العقد ثمّ بلغ حين الاجازة ، فلا ينبغي الإشكال في بطلان العقد على كلا المسلكين ، لأنّ عمد الصبي وخطأه سيّان ، فلا اعتبار بما صدر منه حال كونه صبيّاً ، فلا عقد حتّى يصحّ على الكشف أو النقل .

وأمّا إذا كان الشرط من شروط نفس البيع كعدم كونه غررياً وكان ذلك الشرط مفقوداً حال العقد الفضولي ثمّ ارتفع الغرر قبل الاجازة كما إذا باعه صندوقاً مقفّلاً من دون أن يعلم المشتري بما في الصندوق من الأموال ثمّ علمه بعد البيع قبل الاجازة ، فالمعاملة باطلة أيضاً على كلا المسلكين ، لاشتراط عدم الغرر في البيع حال الحدوث فوجوده مانع عن صحّة البيع لا محالة ، وارتفاعه بعد ذلك لا ينفع في صيرورة البيع صحيحاً ، فما أفاده متين في هذه الصورة أيضاً . وأمّا إذا كان الشرط من شرائط المالين فهو ينقسم إلى قسمين :

فتارةً يكون أحد المنقولين أو كلاهما ممّا لا مالية له تكويناً أو ممّا حكم

---

(١) المكاسب ٣ : ٤١٨ ـ ٤٢٠ .

الشارع بعدم ماليته شرعاً حين العقد ثمّ انقلب إلى المال حال الاجازة ، وهذا أيضاً لا مجال لصحّته على كلا القولين ، فإذا باع الثمرة قبل بدوّ صلاحها أي زمان كونها زهراً على نحو الفضولي ثمّ بدا صلاحها حين الاجازة من المالك ، أو كان المبيع خمراً حال العقد ثمّ صار خلاً حين الاجازة فإنّ العقد في المثالين إنّما وقع على المعدوم حقيقة أو شرعاً ، لأنّ الثمرة غير موجودة قبل بدوّ الصلاح واقعاً كما أنّ الخمر محكومة بعدم المالية شرعاً فلا محالة يكون باطلاً ، إذ لا معنى لصحّة العقد على المعدوم على كلّ من المسلكين وأمّا ما وجد بعد ذلك فهو لم يقع عليه عقد حتّى يصحّ بالاجازة .

وأُخرى : يكون كلّ واحد من المنقولين مالاً حقيقة ولكن تختلف أوصافها فيتّصفان بشيء حال العقد وبشيء آخر حال الاجازة ، وفي مثل هذا لا وجه للبطلان على كلا المسلكين كما إذا كان المبيع وقفاً أو ماءً متنجّساً أو أُمّ ولد حال العقد ثمّ صار الوقف مورداً للخلاف بين أهله حتّى انتهى الأمر إلى القتل والجدال فصار بيعه صحيحاً حال الاجازة ، أو طهّرنا الماء قبل صدور الاجازة من المالك فجاز بيعه بعدما كان بيعه باطلاً لاشتراط الطهارة في المبيع ، أو مات ولد الأُمّ فصحّ بيعها حال الاجازة ، ومثل ذلك صحيح على كلا القولين ، أمّا على النقل فواضح لأنّه حين الاجازة مال يجوز بيعه وقد وقع العقد على هذا المال فبالاجازة يستند إلى المالك وحين الاستناد هو واجد لشرط الصحّة فتعمّه العمومات ، وأمّا على الكشف فلأنّ الاجازة لا تكشف عن الملكية من حين العقد حتّى يقال إنّ المبيع حال العقد كان وقفاً أو ماءً متنجّساً أو أُمّ ولد وكيف يحكم بدخولها في ملك المشتري مع أنّ بيعها غير صحيح حينئذ ، وإنّما تكشف عن الملكية من زمان صيرورة الوقف أو الماء أو الأُمّ ممّا يجوز بيعه لأجل ما طرأ عليها من المجوّزات ، فما أفاده (قدّس سرّه) من البطلان على كلا القولين غير تامّ في هذه الصورة .

كما أنّ الشرط إذا كان راجعاً إلى المالكين لا إلى المتعاقدين ولا إلى المالين ولا إلى البيع كاشتراط الإسلام في مالك الثمن في بيع المصحف أو العبد المسلم ، فلا مانع من الالتزام بصحّة البيع على كلا القولين ، أمّا على القول بالنقل فلوضوح أنّ المشتري قد صار مسلماً حال الاجازة ، وأمّا على الكشف فلأنّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية من زمان إسلام المشتري للمصحف والعبد لا من زمان العقد حتّى يقال إنّه حين العقد محكوم بعدم التملّك لهما ، فإذا باع الفضولي شيئاً منهما من الكافر للنسيان أو الغفلة والاشتباه ثمّ أسلم الكافر قبل الاجازة فهو صحيح على كلا المسلكين ، فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه)[1] من البطلان على كلا القولين في هذه الموارد كما هو ظاهر .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري ذكر أنّ الثمرة بين الكشف والنقل تظهر في موارد اُخر كالنذر والزكوات والخيارات وحقّ الشفعة .

أمّا النذر فلأنّه إذا نذر كذا عند كونه مالكاً للمال الفلاني في الوقت الفلاني فيجب عليه الوفاء بالنذر بعد العقد على المال المذكور ولو على نحو الفضولي بناءً على الكشف ، لأنّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية حال العقد ، وهذا بخلاف القول بالنقل لأنّه قبل الاجازة لم يملك المال حتّى يجب عليه الوفاء بالنذر .

وأمّا الزكاة فالظاهر أنّه لا ثمرة فيها بين المسلكين ، وذلك لأنّ وجوب الزكاة لا يتوقّف على الملكية فقط ليجب إخراجها على المشتري بعد العقد على الكشف دون النقل ، بل يتوقّف على الملكية مع التمكّن من التصرف في المال ، وفي المقام وإن تملّك المال قبل الاجازة على الكشف إلّا أنّه غير متمكّن من التصرف فيه شرعاً ، فلا يفترق الحال في الزكاة بالنسبة إلى المشتري بين القول بالكشف والقول بالنقل ، وإنّما

---

(١) لاحظ المكاسب ٣ : ٤٢٠ .

يجب عليه إخراج الزكاة بعد الاجازة على كلا القولين .

نعم ، تظهر الثمرة فيها بالنسبة إلى المالك ، لأنّه على القول بالكشف لا يجب عليه الزكاة ، إذ المفروض أنّه خارج عن ملكه واقعاً حتّى قبل الاجازة ، والزكاة إنّما تجب على المالك كما لا يخفى ، وأمّا على القول بالنقل فتجب عليه الزكاة لأنّه المالك حسب الفرض ، والمفروض أنّه متمكّن من التصرف فيه أيضاً .

وأمّا الخيارات ففي مثل خيار الحيوان لا بأس بالثمرة بين المسلكين لأنّه إنّما ثبت لصاحب الحيوان كما في الأخبار ، فمع القول بالكشف فالمشتري صاحب للحيوان من حين العقد ، وعلى النقل إنّما يصير مالكاً بعد الاجازة لا من حين العقد فالثلاثة في الخيار تحتسب من حين العقد على الكشف ومن حين الاجازة على النقل .

وكذا تظهر الثمرة في خياري العيب والغبن ، فله الفسخ والامضاء من حين العقد على الكشف دون النقل ، لأنّه عليه لم يملك المال حتّى يحكم بالخيار له من حين المعاملة ، نعم لا يصحّ له مطالبة الارش من المالك في خيار العيب قبل الاجازة ولو بناءً على القول بالكشف ، إذ للمالك أن يقول إنّي لم أرض بالمعاملة بعد فكيف تطالبني بالأرش ولكنّه يتمكّن من الفسخ والامضاء ، وهذا لا ينافي ما ذكرناه سابقاً من أنّ الأصيل لا يتمكّن من الفسخ لأنّه إنّما يفسخ في المقام من جهة الخيار .

وتظهر الثمرة بين الفسخ والردّ في النماء المتخلّل بين العقد والفسخ على القول بالكشف ، ففي فرض الفسخ يكون نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع وأمّا في فرض الردّ فالأمر بالعكس .

وأمّا خيار المجلس فيمكن أن يقال إنّه مترتّب على الاجازة على كلا القولين أمّا على القول بالنقل فواضح لأنّ « البيّع » إنّما يصدق عليهما حين الاجازة دون قبلها ، وأمّا على القول بالكشف فلأنّ الاجازة وإن تكشف عن الملكية حال العقد

إلّا أنّ الخيار لم يترتّب على الملكية في الأخبار ، بل على عنوان « البيّع » كما في الروايات ، ولا إشكال أنّ البيع إنّما يسند إلى المالك بالاجازة وأمّا قبلها فلا بيع للمالك أبداً ، فالبيّع إنّما يصدق عليه بالاجازة وإن كانت الملكية متقدّمة عليه ، ولا مانع من تغاير الملكية وصدق عنوان البيّع وانفكاك أحدهما عن الآخر أبداً ، وهذا كما إذا قلنا بصحّة البيع فيما إذا باع أحد ماله فعلاً قبل ستّة أشهر مثلاً بأن يكون البيع فعلاً والملكية قبل الأشهر الستّة حتّى تكون المنافع للمشتري من زمان الملكية ، فإنّ خيار المجلس إنّما يتحقّق حين البيع لا من حين الملكية المتقدّمة وذلك ظاهر ، فالمناط بالمجلس حال الاجازة ولعلّه ظاهر . وأمّا ما عن شيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)[1] من أنّه لا خيار في أمثال المقام فلم نجد له وجهاً ، لشمول إطلاق قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار »[2] لهما بعد الاجازة كما ذكرناه فلا تغفل .

وأمّا حقّ الشفعة فهو أيضاً تظهر فيه الثمرة بين المسلكين ، فإذا كان زيد شريكاً لعمرو في دار فباع الفضولي حصّة زيد من ثالث وقبل إجازة زيد باع عمرو حصّة نفسه من شخص رابع ثمّ أجاز زيد ما باعه الفضولي من حصّته ، فعلى القول بالكشف فالشفعة للمشتري من الفضولي لأنّه صار شريكاً مع عمرو فباع عمرو حصّته من آخر فله الشفعة ، وعلى القول بالنقل تكون الشفعة للمشتري من عمرو لأنّه صار شريكاً مع زيد فباع زيد حصّته من آخر ، فالشفعة للمشتري من عمرو لأنّه المالك الشريك عند بيع زيد حصّته من الآخر وهو واضح .

وأمّا مسألة تعاقب الأيادي فسيأتي الكلام فيها في محلّها فانتظر .

---

(١) منية الطالب ٢ : ٨٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب١ ح١ وغيره .

تنبيهات الاجازة

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري(١) نبّه على اُمور في المقام:

الأوّل: أنّ النزاع في الكشف والنقل ليس راجعاً إلى مفهوم الاجازة لغة وعرفاً، وأنّ معناها هو الامضاء من حين العقد أو من حين الاجازة حتّى يكون البحث صغروياً، وإنّما النزاع في الحكم الشرعي المستفاد من الأدلّة نحو **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** وغيرهما، وأنّ المراد إمضاء المعاملة من حين العقد أو من حين الاجازة، وعليه فإذا صرّح المجيز بأنّي أمضيت المعاملة من حين الاجازة مع البناء على الكشف، وأنّ الحكم الشرعي في المقام هو الصحّة حين المعاملة، أو أنّه صرّح بالامضاء من حين المعاملة مع فرض القول بالنقل وأنّ الشارع أمضاها من حين الاجازة، فهل يحكم بالصحّة في المقام أو لا؟ وعلى تقدير الصحّة فهل يحكم بوقوعها على طبق ما صرّح به المجيز أو يحكم بوقوعها على حسب ما يقتضيه الحكم الشرعي من الكشف والنقل؟ فقد ذكر شيخنا الأنصاري أنّ في المسألة وجهين.

والتحقيق أن يفصّل بين القول بالكشف والنقل، فعلى القول بالكشف لابدّ من الالتزام بالفساد، لأنّ العمدة في أدلّة الكشف هي العمومات والاطلاقات وأنّها شاملة للمعاملة من حين العقد إذا لحقته الاجازة من المالك، فإذا صرّح المجيز بأنّي قد أمضيت العقد من حين الاجازة فلا يكون ذلك مطابقاً لما أنشأه الفضولي والأصيل لأنّهما إنّما أنشآ المعاملة من حين العقد أي أنّهما أنشآ الملكية المطلقة والمالك رضي بالمعاملة من حين الاجازة، فما تعلّقت به الاجازة لم ينشأ سابقاً والمنشأ لم تتعلّق به الاجازة، ومن الظاهر أنّه لابدّ من التطابق بينهما فلا محالة تقع باطلة.

---

(١) المكاسب ٣: ٤٢١.

والذي يوضّح ذلك وإن كان بينهما فرق جزئي ، ملاحظة باب الاجارة فإنّه إذا آجر دار الآخر فضولياً من أوّل شوال إلى سنة فقبلها المالك ورضي بها من شهر ذي القعدة مثلاً ، فهل يحتمل الصحّة في مثله ، وكيف كان لا يمكن الالتزام بالصحّة في مثله ، والوجه فيه هو الوجه في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول ، هذا كلّه بناءً على القول بالكشف .

وأمّا على القول بالنقل فإذا أجاز العقد من حين المعاملة مع الحكم بالنقل فلا يبعد الالتزام بالصحّة حينئذ والحكم بوقوع الزيادة لغواً ، وإنّما تصحّ وتؤثّر في الملكية من حين الاجازة ، والاجازة حينئذ وإن لم تكن مطابقة للمنشأ بين المتعاقدين لأنّهما إنّما أنشئا الملكية من حين النقل ، إلّا أنّ التخلّف بينهما بهذا المقدار ممّا لابدّ منه ، وهذا نظير ما إذا جوّزنا الفصل اليسير بين الايجاب والقبول كدقائق يسيرة فأوجب البائع ملكية شيء لزيد وبعد زمان يسير قبله ذلك المشتري ، فإنّ الملكية حينئذ إنّما تحصل بعد القبول مع أنّه إنّما رضي بالملكية من حين الايجاب لأنّها التي أنشأها البائع في المعاملة ، إلّا أنّ الزائد يقع باطلاً فيؤثّر في الملكية بعد القبول ولعلّه ظاهر .

التنبيه الثاني

في أنّ الاجازة هل يعتبر أن تكون باللفظ أو يكتفى فيها بكلّ شيء يستفاد منه الرضا والاجازة ، فقد حكى شيخنا الأنصاري[1] عن بعضهم أنّه توهّم أنّ الاجازة كالبيع في استقرار الملك فكما أنّ البيع لا يتحقّق إلّا باللفظ ، فكذلك الاجازة . وأجاب عن ذلك بأنّه مصادرة .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٢٢ .

واستدلّ على اعتبار اللفظ في الاجازة أيضاً : بأنّ اللفظ بحكم الاستقراء في العقود معتبر في اللزوم فلذا قلنا بعدم اللزوم في المعاطاة .

وفيه : أنّا لو سلّمنا عدم اللزوم في المعاطاة وبنينا على اعتبار اللفظ في المعاملات اللازمة ، لا نلتزم به في المقام لأنّ الاجازة ليست معاملة ولا بيعاً ، وإنّما هي من شرائط صحّة البيع الحاصل باللفظ الذي أصدره الفضولي ، ونحن إذا اعتبرنا اللفظ في المعاملات فلا يمكن أن نعتبره في شرائطها أيضاً ولعلّه ظاهر ، بل الصحيح أنّ الاجازة لا تحتاج إلى لفظ صريح وتتحقّق بكلّ لفظ أو فعل يدلّ عليها .

ويؤيّده : ما ورد في رواية عروة من قوله (صلّى الله عليه وآله) « بارك الله في صفقة يمينك »[١] فإنّه بالالتزام يكشف عن الرضا والاجازة .

وكذا يكفي في الاجازة قول أحسنت ونحوه .

ثمّ إنّه بعد عدم اعتبار اللفظ في الاجازة فهل يكتفى بمجرد الرضا الباطني بالعقد فيما إذا أحرزناه بوجه ولا يعتبر فيها الابراز بمبرز قولي أو فعلي ، أو أنّ الابراز بشيء من القول والفعل معتبر في صحّة الاجازة ؟

بما أنّ شيخنا الأنصاري بنى على أنّ الرضا الباطني المقارن للعقد يخرجه عن الفضولي فذهب في المقام إلى أنّ العلم بالرضا يكفي في صحّة الاجازه والبيع ، لأنّ ما يخرج العقد عن الفضولي بوجوده المقارن يكفي في الاجازة بوجوده المتأخّر ولا يعتبر فيها الابراز بمبرز فعلي أو قولي ، واستشهد على كفاية مجرد الرضا في الاجازة في المعاملات بعدّة من الروايات وكلمات الأصحاب :

فمن الروايات : ما ورد[٢] من أنّ سكوت الباكرة رضىً منها بالعقد ، فيدلّ

---

(١) المستدرك ١٣ : ٢٤٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٨ ح١ .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٧٤ / أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب٥ .

ذلك على أنّ المناط في الصحّة نفس الرضا الباطني .

وفيه : أنّ السكوت فعل من أفعالها وهو يكشف عن رضاها ويبرزه خارجاً وهذا يكفي في الابراز . ولو سلّمنا أنّ السكوت غير كاشف فمن أين نعلم رضاها بالعقد عند السكوت ، فلا نعلم برضاها الباطني إلّا بالسكوت .

ومنها : ما ورد(١) في من زوّجت نفسها في حال السكر ، من أنّها بعد الافاقة لو أقامت مع الزوج فذلك رضىً منها ، فإنّه دلّ على أنّ الاعتبار إنّما هو برضاها الباطني .

والجواب عن ذلك : يظهر ممّا أسلفناه آنفاً من أنّ الاقامة معه فعل من الأفعال ، ولا مانع من الاكتفاء به في المقام لكفاية الابراز العملي في إجازة النكاح . ولو سلّمنا أنّ الاقامة غير كاشفة فنعيد النقض المتقدّم من أنّ الرضا حينئذ من أين نعلمه ، هذا . مضافاً إلى أنّا لو سلّمنا كفاية مجرّد الرضا الباطني في المقام كما إذا فرضنا رواية دلّت على كفايته مثلاً ، فلا يمكننا التعدّي منه إلى الفضولي أبداً ، لأنّ تزويج السكرى ليس من المعاملات الفضولية بوجه ، بل إنّما هي زوّجت نفسها باللفظ مع سائر الشرائط المعتبرة في النكاح إلّا شرط الرضا والاختيار ، فإذا علمنا بوجوده بعد الافاقة فلا محالة يتمّ النكاح ، وهذا بخلاف المقام لأنّ الكلام إنّما هو في الفضولي لا في أفعال نفسه .

ومن ذلك يظهر الجواب عن الروايات(٢) الواردة في نكاح العبد بدون إذن سيّده من أنّه إذا سكت المولى صحّ النكاح ولا يشترط فيه الابراز بشيء ، والوجه في الجواب ـ مضافاً إلى ما عرفت من كون السكوت مبرزاً عرفياً ـ أنّ نكاح العبد

(١) الوسائل ٢٠ : ٢٩٤ / أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب١٤ ح١ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٧ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٦ .

وإن كان مشروطاً برضا سيّده إلّا أنّه ليس من قبيل المعاملات الفضولية بل هو من أفعال نفسه، غاية الأمر أنّه متوقّف على إجازة الغير وإذنه، نظير تزويج الزوج مع بنت أخي زوجته أو بنت أُختها فإنّه فعل نفس الزوج غاية الأمر أنّه يتوقّف على إجازة الزوجة ورضاها فإذا رضيت بذلك أو رضي السيّد بالنكاح فلا مانع من الالتزام بالصحّة حينئذ، لأنّه كان فاقداً لبعض الشروط وبالرضا تتمّ الشرائط في مثله، وهذا لا يقاس بالمقام الذي هو من المعاملات الفضولية والكلام في كيفية استنادها إلى المالك، وأنّه كيف يمكن الاكتفاء في الاستناد بمجرد الرضا ما لم يبرز بالقول أو الفعل، إذ لولاه لا يمكن إسناد البيع إلى المالك والقول بأنّ المالك باع ماله.

وأمّا ما استشهد به من كلمات العلماء **فمنها**: تعليلهم عدم كفاية السكوت في الاجازة بأنّه أعمّ من الرضا، فيستفاد منه أنّ المناط مجرد الرضا ولا اعتبار بالابراز.

وفيه: أنّ السكوت مباين للرضا لا أنّه أعمّ فما معنى أنّه أعمّ، ولعلّهم أرادوا بذلك من حيث الكشف والابراز، وأنّ السكوت لا يكشف عنه دائماً، إذ ربما يوجد السكوت والرضا غير موجود، ومن المعلوم أنّ الأعمّ لا يدلّ على الأخصّ، ومعناه أنّه لابدّ في الرضا من شيء مبرز عنه لا محالة.

ومنها: ما ذكروه من أنّ الموكّل إذا أنكر الاذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها وعدم الرضا بها، هذا.

وفيه: أنّ ذلك إمّا محمول على صورة كون المعاملة خيارية كاشتراء الحيوان الذي فيه ثلاثة أيّام للخيار فإنّ في مثله إذا أنكر الموكّل الاذن فنفس ذلك فسخ للعقد الخياري، وإمّا محمول على العقد غير الخياري إلّا أنّه لمّا كان من المعاملات الفضولية لانكاره الاذن فيها وحلفه على ذلك، وفي الفضولي يكفي الردّ بالفعل فمجرد التبرّي والحلف على نفي الاذن يكون ردّاً فعلياً، وكيف كان فلا يمكن

الاستشهاد بشيء ممّا استشهد به في المقام مع أنّ كلمات الأصحاب على تقدير موافقتها معه لا تكون دليلاً على المدّعى وحجّة على غيرهم غاية الأمر أنّ له موافقاً في هذه المسألة .

فالمتحصّل : أنّه يعتبر في الاجازة الابراز بشيء من القول والفعل .

وتظهر الثمرة فيما إذا رضي بالزواج أو المعاملة الفضولية ولم يبرزه خارجاً ثمّ ندم وأراد الفرار ، فعلى ما ذكره الشيخ لا يمكنه الردّ ورفع اليد عن الزواج أو المعاملة ، إذ برضاه تحقّقت الاجازة فصارت لازمة ، وأمّا على ما ذكرناه فبما أنّ الاجازة لم تتحقّق فله أن يرجع عن الزواج ويردّه .

التنبيه الثالث

أنّ الاجازة في بيع الفضولي إنّما تؤثّر فيما إذا لم يسبقها الردّ من المالك ، إذ مع الردّ تنفسخ المعاملة فلا يبقى شيء تكون الاجازة مؤثّرة فيه ، وقد استدلّ عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بوجوه ثلاثة :

الأوّل : الإجماع على بطلان الاجازة فيما إذا كانت مسبوقة بالردّ .

ويدفعه : أنّ الإجماع لا أساس له في المقام لما نقل من أنّ المسألة كانت مسكوتاً عنها إلى زمان الشهيد (قدّس سرّه) ومعه كيف يطمئن الإنسان بأنّ الحكم قد وصل يداً بيد من زمن المعصومين (عليهم السلام) هذا ، مضافاً إلى أنّا نحتمل استنادهم في هذا الحكم إلى الوجوه الآتية ومعه لا يمكن استكشاف قول المعصوم (عليه السلام) منه ، ومن الواضح أنّ ضمّ شيء غير حجّة إلى غير الحجّة لا يكون حجّة .

الثاني : أنّ العقد ربط التزام بالتزام آخر ، والارتباط إنّما يحصل فيما إذا لم

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٢٦ .

يكن هناك قاطع في البين ، والردّ يقطع الارتباط بينهما ، وهذا نظير رجوع الموجب عن الايجاب فإنّه يمنع عن اتّصال القبول بالايجاب .

وفيه : أنّ الردّ لو كان من طرف الأصيل في الفضولي لكان لما أفاده وجه وفي مثله لا تؤثّر الاجازة من المالك ، لأنّ الردّ يرفع العقد فلا يبقى هناك شيء تلحقه الاجازة ، وأمّا إذا كان من طرف المالك فتصريحه بعدم القبول وعدم انتساب العقد إليه لا يقطع الارتباط ، لأنّ لفظ « لا أقبل » ليس أزيد من عدم الرضا واقعاً ، فكما أنّه إذا لم يكن راضياً بما أصدره الفضولي أوّلاً ثمّ رضي به لا يمنع عدم رضاه الواقعي عن الاتّصال بين الالتزامين ، فكذلك الحال فيما إذا صرّح بعدم القبول ثمّ أجازه بالالتماس ونحوه .

وبالجملة : أنّ عدم الاجازة يوجب عدم انتساب العقد إليه سواء كان بالتصريح بعدم القبول أو من أجل السكوت ، وبالاجازة يسند العقد إليه ، ولا مانع من أن يمنع عن الانتساب إليه أوّلاً ثمّ يقبله وينسبه إلى نفسه بالاجازة ثانياً ، كما أنّ الأمر كذلك في الايجاب والقبول فإنّه إذا لم يقبل الايجاب أوّلاً ثمّ قبله بعد ذلك ، لا يوجب ذلك الانقطاع بينهما أبداً ، فالحكم في المقيس عليه لا نسلّمه فكيف في المقيس .

مضافاً إلى أنّ القياس في غير محلّه ، لأنّ العقد في الفضولي قد تمّ سابقاً والاجازة إنّما هي لأجل الانتساب فالردّ إنّما يقع بعد العقد ، وأمّا في الايجاب والقبول فالردّ إنّما هو قبل القبول وتمامية العقد وكم فرق بين الموردين .

الثالث ، وهو العمدة : أنّ الردّ كالاجازة في أنّ المالك بمقتضى عموم « الناس مسلّطون على أموالهم »(١) يتمكّن من أن يمضي العلاقة الواقعة على ماله فضولةً كما

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

يتمكّن من أن يقطعها ، فإنّ قابلية المال للانتقال إلى المشتري وشأنية ذلك المعبّر عنها بالقوّة والمادّة الهيولائية أمر حدث بالبيع الفضولي ، والمالك بمقتضى عموم السلطنة يرفع تلك الشأنية ويصيّرها كالعدم بعد ما كانت حادثة بالبيع الفضولي وبعد ارتفاع ذلك لا يبقى معنى للاجازة .

وبالجملة : أنّ الردّ والاجازة في المقام كالفسخ والامضاء في البيع الخياري فكما أنّ الفسخ يقطع العلاقة الحاصلة بين المال والمشتري وبعده لا معنى للامضاء والانفاذ ، فكذلك الحال في المقام ، هذا .

والكلام في ذلك يقع من جهتين : الجهة الأُولى في كبرى أنّ « الناس مسلّطون على أموالهم » هل يوجب مشروعية التصرفات المشكوكة بحسب الحكم التكليفي أو الوضعي ، أو أنّه ليس مشرّعاً لجوازها أبداً ، وقد مرّ في أوائل البيع[1] أنّ الحديث مضافاً إلى ضعف سنده وعدم انجباره بعمل الأصحاب ، إنّما يدلّ على أنّ المالك ليس محجوراً وممنوعاً عن التصرّف في ماله كالصغير والمجنون والمفلّس ، وأمّا أنّ هذا التصرّف جائز تكليفاً أو وضعاً فهو ساكت عنه ويقتضي عدم المنع عن التصرّفات الجائزة كما لا يخفى ، فلذا إذا اشترى لباساً وشكّ في جواز لبسه من جهة أنّه من مختصّات النساء ، فلا يمكن إثبات جواز اللبس بعموم « الناس مسلّطون على أموالهم » وأنّ اللبس من أحد التصرّفات ، وعليه فبما أنّا نشكّ في أنّ المالك هل يجوز أن يتصرّف في ماله بقطع العلاقة الحاصلة بالبيع على نحو لا يصحّ بالاجازة المتأخّرة ، فلا يمكن التمسّك بعموم السلطنة في إثبات صحّته وجوازه .

الجهة الثانية : في الصغرى وأنّه هل حدث بالبيع الفضولي شيء في المال حتّى نرفعه بعموم « الناس مسلّطون على أموالهم » بناءً على أنّه يثبت الجواز في

(١) في الصفحة ٨٠ وما بعدها .

التصرّفات المشكوك جوازها وصحّتها، أم لم يحدث هناك شيء في المال كي نتمسّك بالعموم؟ الظاهر أنّ المعاملة الفضولية لم تحدث شيئاً في المالين أبداً، إذ لو حدث هناك شيء وأمكننا رفع ذلك بعموم «الناس مسلّطون الخ» لدلّ ذلك على بطلان الفضولي رأساً، لأنّ إيجاد شأنية الانتقال في المال مخالف لسلطنة المالك على ماله هذا بحسب النقض.

وأمّا حلّ الإشكال: فهو أنّ المعاملة الفضولية لا تحدث شيئاً في المال حتّى نرفعه بالعموم، وأمّا شأنية الانتقال ونحوها فهي إنّما كانت حادثة من الابتداء بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وغيرهما من العمومات الدالّة على صحّة نقل المال من ملك إلى ملك آخر، فإنّها تقتضي قابلية المال للانتقال بالبيع وبما أنّ أحد جزأي الناقل متحقّق في المقام، فلا محالة تتوقّف فعلية تلك الشأنية على الجزء الآخر وهو الاجازة، كما أنّ الحال كذلك في الايجاب والقبول فإنّ الايجاب لا يحدث شيئاً غير موجود، إذ قابلية الانتقال في المال مستندة إلى تشريع الشارع وتجويزه للبيع، نعم بعد ما تحقّق أحد جزأي العقد في مورد فلا محالة تتوقّف فعلية تلك القوّة على الجزء الآخر.

وبعبارة واضحة: أنّ إجازة المالك بعد بيع الفضولي ليست إلّا كجواز بيع ماله بنفسه، بل الاجازة هي البيع حقيقة فكما كان له بيع ماله للغير وإخراجه عن تحت سلطنته بعموم «الناس مسلّطون» على نحو المباشرة، فكذلك له أن يجيز البيع الواقع على ماله ويسنده إلى نفسه، وهذا كان ثابتاً له بالعمومات الدالّة على جواز البيع والمعاملات، غاية الأمر أنّه في المعاملة المباشرية يحتاج إلى إيجاب وقبول، وأمّا في الفضولي فأمره سهل لتحقّق بعض أجزاء العقد بنفسه فيحتاج إلى إيجاد جزئه الأخير، وهذا نظير القبول في البيع الذي به يتحقّق الانتقال.

وبالجملة: أنّه لم يثبت هناك بالبيع الفضولي علقة على المال أو شيء آخر حتّى

نرفعها بعموم السلطنة، وحقّ الاجازة كان ثابتاً عليه قبل المعاملة بالعمومات، لأنّه ليس إلّا عبارة عن حقّ البيع. مضافاً إلى أنّ حديث السلطنة ليس مشرّعاً ولا يدلّ على جواز التصرّفات المشكوك جوازها تكليفاً أو وضعاً.

فالمتحصّل: أنّ ما أفاده السيّد الطباطبائي (قدّس سرّه)(١) من أنّ الردّ قبل الاجازة لا يوجب بطلان المعاملة ولا يرتفع به موضوع الاجازة هو الصحيح وقياس الردّ على الفسخ في المعاملات الخيارية قياس مع الفارق، لأنّ الملكية قد حصلت هناك سابقاً والفسخ يرفع الملكية المتحقّقة فلا يبقى مورد للامضاء بعد الفسخ، وهذا بخلاف المقام فإنّ الملكية لم تحصل للمشتري كما لم يحصل هناك شيء غيرها حتّى يرفع بالردّ، وغاية ما هناك أنّ انتساب العقد إلى المالك مفقود مع الردّ ولا مانع من أن يتحقّق بالاجازة بعد ذلك.

والعجب من شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) حيث قاس الردّ بالاجازة وذكر أنّ الردّ بعد الاجازة كما لا يكون نافذاً ولا محالة يقع لغواً، فكذلك الاجازة بعد الردّ لا تقع صحيحة فتكون لغواً، هذا.

ولكنّك خبير بأنّ الاجازة توجب انقطاع سلطنة المالك عن المال كالبيع والهبة، وبعده لا معنى للردّ لأنّه صار ملكاً للغير، وهذا بخلاف الردّ قبل الاجازة فإنّ غاية ما يترتّب عليه عدم بيع المالك فقط، وهذا لا ينافي بيعه بعد ذلك. فالمتحصّل أنّ الردّ قبل الاجازة لا يترتّب عليه شيء، هذا.

وربما يقال كما قيل: إنّ حديث السلطنة على تقدير تسليم شموله للردّ في المقام والالتزام بتشريعه الجواز في كلّ مورد شككنا في صحّة التصرّف وجوازه تقع

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي): ١٥٩.

(٢) منية الطالب ٢: ٩٤.

فيه المعارضة من حيث شموله لكلّ من الردّ والاجازة ، فنفوذ الردّ قبل الاجازة بمقتضى السلطنة عليه يكون معارضاً بنفوذ الاجازة بعد الردّ ، لأنّها أيضاً من أنواع السلطنة على المال ، هذا .

ولا يخفى أنّا لو بنينا على أنّه يشمل الردّ في المقام فلا تقع المعارضة بينه وبين السلطنة على الاجازة ، لأنّهما ليسا متعارضين وليس أحدهما في عرض الآخر كما لا يخفى ، لأنّه بشموله للردّ يرفع موضوع الاجازة المتأخّرة ويصير العقد كالعدم فما معنى تعارضهما حينئذ ، نعم لا مانع من شمول الحديث لكلّ واحد من الردّ والاجازة على حدة ، فإذا تقدّم أحدهما فلا يبقى مجال للآخر كما عرفت .

ثمّ إنّه يؤيّد ما ذكرناه من أنّ الردّ قبل الاجازة لا يترتّب عليه شيء : الصحيحة[(١)] الواردة في بيع الوليدة ، لأنّا وإن ذكرنا سابقاً أنّ أخذ الولد يمكن أن لا يكون ردّاً إلّا أنّها لا تخلو عن الاشعار فيما ذكرناه فراجع[(٢)] هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري[(٣)] أورد على الاستدلال بهذه الصحيحة على صحّة الاجازة بعد الردّ بأنّ الردّ الفعلي كأخذ المبيع غير كافٍ في تحقّق الردّ ، بل لابدّ فيه من إنشاء الفسخ والردّ . ثمّ أجاب عنه بأنّ الفسخ والردّ في المقام ليس بأولى من الفسخ في المعاملات اللازمة (الخيارية بالعرض) وقد صرّحوا بحصول الفسخ فيها بالفعل . ثمّ ردّ هذا الجواب بأنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ في المعاملات هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعتق ونحوهما لا مثل أخذ المبيع ، هذا .

ولكنّه لا يمكن المساعدة عليه ، إذ لا إشكال في أنّ تحقّق الفسخ بالفعل في

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٠٣ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح١ .

(٢) الصفحة ٣٨١ وما بعدها .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٢٦ .

المعاملات اللازمة أولى من تحقّق الفسخ بالفعل في المقام ، لأنّ المفروض أنّ المـال ملك للمشتري حينئذ وقد خرج عن ملك البائع لا محالة ، وحينئذ فيمكن الالتزام بأنّ الردّ الفعلي يقتضي الفسخ مطلقاً سواء كان من قبيل لوازم الملك كالوطء أو كان من غيرها كأخذ المبيع أو المفتاح من يد المشتري ، وذلك من أجل أنّـه لا وجـه لتصرّف البائع في مال الغير ولو بأخذ مفتاحه فيما إذا كان المبيع داراً لأنّه تصرّف حرام ، فاقدامه على ذلك يدلّ بالالتزام على الفسخ ورجوعه إلى ملكه ، فإنّ المسلم لا يرتكب الحرام ظاهراً ، وهذا بخلاف المقام فإنّ المال ماله ولم ينتقل إلى الغير بعدُ فتصرّفاته فيه ولو كان بالوطء لا يقتضي الفسخ ولا يكشف عن الردّ ، حـيث إنّ تصرّفاته صحيحة حينئذ وليست محرّمة حتّى يقال إنّ المسلم لا يرتكب الحرام وأنّه يكشف عن الردّ والفسخ .

التنبيه الرابع

أنّ الاجازة في البيع الفضولي كما ذكرناه سابقاً ليست إلّا عبارة عـن البـيع بحسب البقاء ، وعليه فهي حكم من الأحكام قد ثبت بقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وغيره من العمومات ، وليست من قبيل الحقوق ، فإذا مـات المـالك بـعد العـقد الفضولي فلا تنتقل الاجازة الثابتة له إلى وارثه ، لأنّ الحكم لا يورّث ، نعم ينتقل إليه المال ، فله الاجازة بناءً على أنّ المجيز لا يشترط أن يكون هو المالك حال العقد . والثمرة بين إرث نفس الاجازة وكونها مـن الحـقوق ، وبـين إرث المـال وتـرتّب الاجازة عليه وكونها من الأحكام تظهر من جهتين :

إحداهما : أنّ الاجازة بناءً على أنّها من الحقوق تنتقل إلى جميع ورثة المالك حتّى زوجته وغيرها ممّن لا ترث من الأراضي والعقار ، لعموم أنّ ما تركه الميّت فهو لوارثه ، وقد خرج عنه الأراضي فتبقى الحقوق مشمولة للعموم ، فلزوجته أيضاً

الاجازة بالنسبة إلى العقد الواقع على الأرض والعقار وإن لم ترث من نفس الأراضي كما عرفت ، وهذا بخلاف ما إذا كانت الاجازة من الأحكام فإنّها لا تنتقل إلى الورثة بوجه ، بل الموروث هو المال فيتبعه الاجازة لا محالة ، فمن انتقل إليه المال فله الاجازة بناءً على عدم اشتراط المالكية حال العقد في المجيز ، فالزوجة بما أنّها لا ينتقل إليها المال لأنّه من قبيل العقار مثلاً فلا تتمكّن من الاجازة لا محالة .

وثانيتهما : أنّ لهم كلاماً في كيفية إرث الحقوق ، وأنّ الحقّ هل ينتقل إلى طبيعي الورثة ، فإذا أسقطه بعضهم فيسقط بالكلّية وإن لم يرض به الآخرون لأنّ الطبيعي يصدق على ذلك البعض ، كما أنّه إذا أعمله واحد منهم فيثبت لا محالة وإن لم يرض به الباقون مثلاً ، فالمناط في مثل الخيار باسقاط من له الخيار وهو عبارة عن طبيعي الورثة فرضاً ، والطبيعة تصدق بأوّل الوجودات ، أو أنّه ينتقل إلى جميعهم على نحو العموم المجموعي فالاعتبار باجتماعهم على إسقاطه أو إعماله . هذان احتمالان .

وهناك احتمال ثالث وإن كان في غاية الضعف ، وهو أنّ الحقّ يتبعّض بين الورثة بحسب ما يرثونه من المال ، فمن انتقل إليه نصف المال فله من الحقّ نصفه ويتمكّن من إسقاط نصف ذلك الحقّ وعدمه ، كما أنّ من انتقل إليه ربع المال فينتقل إليه ربع الحقّ لا محالة وله إسقاط ربع الخيار وهكذا .

ولكن هذا الاحتمال ضعيف بل لا قائل به في الحقوق .

والصحيح هو الاحتمالان المتقدّمان ، وعليه فإذا بنينا على أنّ الاجازة من قبيل الحقوق فتأتي فيها الاحتمالات الثلاثة ، وأمّا إذا قلنا إنّها من الأحكام وأنّ الموروث هو المال فلا محالة يتعيّن الاحتمال الثالث في المقام ، وذلك لأنّ الفضولي كأنّه باع مالاً مشتركاً بين أشخاص فنصفه لأحدهم وربعه لآخر وهكذا ، وفي مثله لا يتمكّن المالكان إلّا من إجازة العقد بالنسبة إلى ملكهما ، وأمّا إجازة العقد بالنسبة

إلى جميع المال فلا وجه لها أبداً ، إذ لا معنى لاجازة الأجنبي للعقد الواقع على مال الغير بوجه ، فلصاحب النصف الاجازة في نصف المعاملة كما أنّ لصاحب الربع الاجازة في ربعها ، فإذا أجاز أحدهما دون الآخر فالمعاملة في ملك المجيز صحيحة دون حصّة الرادّ ، غاية الأمر أنّ للمشتري خيار تبعّض الصفقة ، وهذا مبني على ما سيأتي في بيع ما يملك وما لا يملك من أنّ البيع الواحد ينحلّ في نظر العرف إلى بيوع متعدّدة ، فإذا جمع بين الشاة والخنزير وباعهما في بيع واحد فالمعاملة بالنسبة إلى الأوّل صحيحة وبالنسبة إلى الآخر باطلة ، وللمشتري خيار تبعّض الصفقة كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ هذا الاحتمال وإن كان ضعيفاً في الحقوق لأنّ الحقّ الواحد لا يقبل التبعيض ، إلّا أنّه متعيّن بناءً على أنّ الاجازة من الأحكام .

التنبيه الخامس

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ إجازة المعاملة الفضولية ليست إجازة للقبض والاقباض ، إلّا في بعض الموارد فإنّها بدلالة الاقتضاء توجب إجازة القبض والاقباض أيضاً كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وكيف كان فإذا صرّح بالاجازة فيهما أو فهمناها بدلالة الاقتضاء فهل تكون الاجازة بالنسبة إلى القبض أو الاقباض صحيحة أو أنّها ممّا لا يترتّب عليه أثر أصلاً ، فقد فصّل شيخنا الأنصاري بين القبض والاقباض في الثمن المعيّن وبين القبض في الكلّي المتشخّص به وذلك لأنّ الاجازة إنّما تسند الفعل الصادر من الفضولي إلى المجيز فيما إذا كان الفعل من قبيل الأُمور الاعتبارية كالبيع والهبة ونحوهما ، وأمّا في الأفعال الخارجية

(١) المكاسب ٣ : ٤٢٨ .

التكوينية فلا معنى للاجازة فيها ، لأنّ أكل أحد لا ينتسب إلى الآخر بـالاجازة وكذلك النوم وغيره من الأفعال الصادرة عن الغير لا تستند إلى المجيز بـالاجازة والقبض أيضاً من الأفعال التكوينية الخارجية فلا معنى للاجازة فيه ، إلّا أن يقوم دليل على صحّتها فيه أيضاً .

فإذا كان الثمن معيّناً فأجازه المالك في قبضه فمرجـع الاجـازة إلى إسـقاط الضمان عن المشتري وأنّه إذا تلف بعد ذلك فيخرج من المالك لا من المشتري ، كما أنّ المثمن إذا كان معيّناً فمرجع الاجازة في إقباضه إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا المالك ، ولا يعتبر في الاقباض إلّا ذلك المعنى ، إذ لا يشترط فيه أن يأخذه المالك بيده ثمّ يقبضه من المشتري ، فلذا إذا كان المبيع بيد المشتري سابقاً فرضي به المالك صحّ الاقباض لا محالة .

وأمّا إذا كان الثمن أو المثمن كلّياً يتشخّص بالقبض والاقـباض فـلا وجـه لصحّة الاجازة فيهما ، لأنّ قبض غير المالك أو إقباضه لا يوجب تشخّص الكلّي فيما أخذه الفضولي أو أقبضه بوجه ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

ولا يخفى أنّ ما أفاده في طرف الاقباض من أنّه إذا كان المبيع معيّناً فمرجـع الاجازة إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا المالك وأنّه يكفي في الاقباض وإن كان متيناً لا محالة لما عرفت ، إلّا أنّ ما ذكره في طرف قبض الثمن وأنّ الاجازة فيه ترجع إلى إسقاط الضمان عن المشتري غير تامّ ، لأنّ قبض الأجنبي لا يسقط الضمان فلو تلف تحت يد الفضول يشمله عموم « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو مـن مـال بائعه » فيوجب انفساخ البيع ، إذ المراد بالمبيع هو الأعمّ من الثمن أو المثمن ، وكذا الحال فيما إذا فرضنا البائع أصيلاً والمشتري مجيزاً فإن قبض الفضولي للبيع لا يكفي في سقوط الضمان لأجل العموم ، ومعنى ذلك الحكم بانفساخ المعاملة عند تلف المبيع قبل قبضه ، وهذا حكم شرعي لا يقبل الاسقاط حتّى يقال إنّه بـالاجازة أسـقط

الضمان ، فإنّ معنى الضمان ليس إلّا حكم الشارع بالانفساخ ، ولو كان قبض الأجنبي وإقباضه مستنداً إلى المالك باجازته فلماذا منع عن ذلك فيما إذا كان الثمن أو المثمن كلّياً ، هذا .

ولكن الصحيح أن يقال : إنّ الاجازة المتأخّرة في القبض والاقباض في البيع الشخصي والكلّي كالاذن المتقدّم عليهما ، فكما أنّه إذا كان مأذوناً فيهما من قبله أو كان وكيلاً له في ذلك كان القبض والاقباض صحيحين ويترتّب عليهما الأحكام من إسقاط الضمان ونحوه ، فكذلك الحال في الاجازة المتأخّرة عنهما ، لأنّ القبض والاقباض ليسا كغيرهما من الأفعال التكوينية غير القابلة للاجازة كما في الأكل والنوم والصلاة وغيرها ، لأنّها لا تستند إلى المجيز بالاجازة ولا بالاذن والوكالة وهذا بخلاف القبض والاقباض فإنّ فعل الوكيل فعله وقبضه قبضه في ترتّب آثاره عليه ، وكذلك القبض الصادر من الأجنبي يستند إليه بالاجازة . والضابط أنّ كلّ ما يقبل الوكالة يقبل الاجازة ولا إشكال في أنّ الوكيل في القبض والاقباض يترتّب على فعله جميع ما يترتّب على فعل موكّله ، فكذلك فيما إذا أجازهما بعداً ، وهذا من دون فرق بين الكلّي والشخصي ، كما أنّه مع قطع النظر عن ذلك لا فرق في ورود الإشكال بينهما ولعلّه ظاهر .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الاجازة توجب صحّة القبض والاقباض من دون فرق بين بيع العين الشخصية والعين الكلّية أبداً ، لأنّهما ممّا يقبل الوكالة والاذن فيقبلان الاجازة المتأخّرة كما هو ظاهر ، ويشهد لذلك الارتكاز العقلائي فإنّه لو دفع المديون دَينه إلى أخ الدائن مثلاً فأجاز الدائن ذلك فلا يشكّ أحد في فراغ ذمّته كما لو أذن له ابتداءً . ثمّ إنّ ما ذكرناه من أنّ إجازة العقد لا تستلزم إجازة القبض والاقباض إنّما هو في العقود التي لا تتوقّف صحّتها على القبض والاقباض .

وأمّا إذا كانا دخيلين في صحّة العقد السابق كما في الصرف والسلم فإنّ

المعاملة لابدّ وأن تكون فيها يداً بيد كما في الروايات وقد عبّر الفقهاء عنه بالتقابض في المجلس ، ففي مثله إذا كان المجيز للعقد ملتفتاً إلى أنّ صحّة العقد متوقّفة على إجازة القبض والاقباض ، فاجازته للعقد تدلّ بالدلالة الالتزامية على إجازة القبض والاقباض أيضاً ، وأمّا إذا كان غافلاً أو صرّح بالاجازة للعقد وعدم الاجازة للقبض والاقباض لأجل أنّ الفضولي ليس مورداً للاطمئنان فلعلّه يأكل المال ولا يدفعه إلى المجيز أو لغير ذلك من الجهات ، فلا محالة يحكم بالبطلان لعدم صحّة البيع من دون قبض ولا إقباض .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من احتمال بطلان ردّ القبض بعد إجازة العقد وأنّه يلزم باجازة القبض أيضاً فهو من غرائب الكلام ، لأنّ المالك له أن يجيز وله أن يردّ واختيار ذلك بيده ، فكيف يمكن إلزامه بشيء منهما مع أنّه مالك مسلّط على ماله ، فهو نظير الالزام ببيع شيء من أمواله ابتداءً ، هذا .

ثمّ إنّه بقي في المقام شيء : وهو أنّ نزاع الكشف والنقل لا يجري في إجازة القبض والاقباض ، فإنّه إنّما يأتي في مثل الاجازة المتعلّقة بالعقد السابق الذي أصدره الفضولي وقلنا بصحّته بعد الاجازة للعمومات ، فعند ذلك يقال إنّها تكشف عن الملكية من حين العقد كما هو ظاهر ، وأمّا في مثل القبض فلا معنى فيه للكشف فإنّه فعل من الأفعال الخارجية . وبعبارة أُخرى الأُمور الاعتبارية كالبيع والهبة إذا لحقتها الاجازة تستند إلى المالك فيكون بيع الفضولي أو هبته بيعاً للمالك ، وأمّا الأُمور التكوينية كالقبض والاقباض الصادرين من الأجنبي فهي لا تستند إلى المالك بمجرد إجازته فإن قبض الفضولي الصادر سابقاً لا يكون قبضاً للمالك ، نعم إجازة القبض تكون بنفسها قبضاً للمالك فالاستناد يكون بحسب البقاء .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٢٩ .

نعم لا مانع من أن يحكم الشارع بحصول الملكية من حين القبض الصادر من الفضولي إلّا أنّه لا دليل عليه إثباتاً ، وعليه إذا باع أو اشترى الفضولي بالصرف أو السلم وقد قبض وأقبض العوضين ثمّ أجاز المالك البيع والقبض تتحقّق الملكية من حين الاجازة إذ لا قبض للمالك قبلها ،كما أنّ مجلس البيع يكون مجلس الاجازة لأنّ المالك يصير بائعاً ويستند إليه البيع بالاجازة .

التنبيه السادس

ذكر شيخنا الأنصاري[1] أنّ الاجازة ليست على الفور وللمالك أن يتروّى ويتأمّل مدّةً ثمّ يجيز البيع أو يردّه ، وذلك لما عرفت من أنّ الاجازة بيع بحسب البقاء ، والمالك مسلّط على ماله وله أن يبيع كما له أن لا يبيع وذلك ظاهر ، وعليه فإذا فرضنا أنّ المالك لم يردّ ولم يجز إلى مدّة بل بقي ساكتاً عن الاجازة والردّ وتضرّر الأصيل بذلك بناءً على أنّه لا يتمكّن من التصرّف في ماله ولا في بدله وأنّ المعاملة لازمة من قبله كما مرّ ، فهل يتمكّن من الفسخ أو لا ؟

ذكر شيخنا الأنصاري أنّه يحتمل أن يقال إنّ الأصيل متمكّن من الفسخ بقاعدة لا ضرر ، لأنّ لزوم المعاملة أمر يوجب الضرر عليه فيرتفع بالقاعدة ، كما يحتمل إجبار المالك على أحد الأمرين من الاجازة والرد لاستلزام ذلك ضرراً على الأصيل ، هذا .

أمّا مسألة الاجبار فلا دليل على جواز إجبار المالك على بيع ماله أو إجباره على الالتزام بعدم البيع ، لما عرفت من أنّ الاجازة ليست إلّا عبارة عن البيع وأيّ قاعدة تقتضي إجبار أحد على أن يبيع ماله أو يلتزم بعدم بيعه ، إذ له أن يجيب بأنّي

(١) المكاسب ٣ : ٤٢٩ .

لا ألتزم بهذا ولا بذاك ، لأنّ المالك مسلّط على ماله لا محالة .

وأمّا مسألة الخيار والحكم بأنّ الأصيل متمكّن من الفسخ بقاعدة لا ضرر ففيها أنّ إبطاء المالك وإن كان أمراً يوجب الضرر على الأصيل ، إلّا أنّ الضرر لازم عليه على كلّ حال ، سواء أبطأ كثيراً أو أبطأ قليلاً فأجاز أم ردّ ، وهو مع الالتفات إلى أنّ البيع فضولي يحتاج إلى إجازة المالك وأنّه إلى زمان الاجازة لا يتمكّن من التصرّف في شيء من ماله ولا بدله وهو أمر يوجب الضرر عليه قد أقدم عليه وذلك لا يرتفع بالقاعدة ، والوجه في لزوم الضرر عليه على أيّ حال ظاهر ، وهو أنّ ماله يبقى معطّلاً في تلك المدّة قليلة كانت أو كثيرة ، كما إذا كان المبيع مثل الدار ونحوها ، ولازم ما ذكرناه أنّ الأصيل يجب عليه الانتظار ولا يتمكّن من الفسخ والاجبار ، ولعلّ هذا ممّا يؤيّد ما ذكرناه سابقاً من أنّ الأصيل يتمكّن من التصرّف في ماله قبل الاجازة مطلقاً أي على النقل والكشف ، وإلّا فاللازم أن يتعطّل الأصيل ويجب عليه الانتظار كما عرفت[1] هذا كلّه أوّلاً .

وثانياً : أنّ الأمرين اللذين احتملهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لا يجريان في جميع الموارد كما إذا اتّفق ذلك في النكاح فإنّهم ذهبوا إلى أنّ النكاح لا يقبل الخيار إلّا في بعض الموارد المنصوصة ، فلو فرضنا أنّ الزوج غائب أو شخص شريف لا يمكن إجباره كالإمام (عليه السلام) أو كما إذا كان ملكاً من الملوك أو زعيماً ونحوهما فاللازم حينئذ الانتظار إلى آخر الحياة والعمر في مثل النكاح ، والالتزام بمثله في غاية الإشكال ، فلذا ذكرنا أنّ ذلك يؤيّد ما تقدّم منّا من عدم اللزوم على الأصيل

---

(١) وقد نقل سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) أنّ امرأة زوّجت نفسها من الحجّة المنتظر (عليه السلام) تشريفاً ثمّ أرادت التزويج من آخر فأفتى الفقهاء بأنّها تصبر إلى أن تموت ، لأنّ العقد الفضولي لازم من طرف الأصيل .

أبداً ، هذا .

والعجب من شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] حيث إنّه التزم باللزوم من طرف الأصيل مطلقاً حتّى على القول بالنقل ومنع عمّا احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من عدم اللزوم على القول بالنقل . والتحقيق أنّ الأصيل غير ملزم على المعاملة في المقام وهي ليست لازمة من قبله مطلقاً كما مرّ وعرفت .

التنبيه السابع

أنّ الاجازة تارةً تطابق العقد الواقع من جميع الجهات وأُخرى تخالفه والمخالفة تارةً على نحو التباين وأُخرى بنحو الكلّية والجزئية وثالثة بنحو الاطلاق والتقييد .

أمّا فيما إذا كانت مطابقة للعقد الصادر من جميع الجهات فلا ينبغي الإشكال في صحّتها حينئذ وهو واضح ، كما أنّه إذا كانت مخالفة له بالتباين لا ينبغي الإشكال في بطلانها وفسادها وهذا كما إذا عقد الفضولي على الدار فأجاز المالك بيع المال الآخر ، وهذا ظاهر .

وأمّا إذا كانت مخالفة له بنحو الكلّية والجزئية كما إذا عقد الفضولي على دارين للمالك فأجاز المالك بيع إحداهما دون الأُخرى ، أو باع داراً واحدةً وأجاز المالك بيع نصفها ، فالظاهر أنّ المعاملة صحيحة في المقدار الذي تعلّقت الاجازة به ، وذلك لما يأتي في بيع ما يملك وما لا يملك من أنّ المعاملة الواحدة تنحلّ عند العرف إلى بيوع متعدّدة ولا مانع من إجازة بعضها دون الآخر أبداً كما إذا باع شاة وخنزيراً فإنّ المعاملة بالاضافة إلى الشاة صحيحة وبالاضافة إلى الخنزير باطلة في مقابل ما

---

(١) منية الطالب ٢ : ٧٦ ـ ٧٨ .

يخصّه من الثمن ، والحال في المقام من هذا القبيل فتصحّ المعاملة بالاضافة إلى إحدى الدارين أو نصفها في مقابل ما يخصّهما من الثمن ، غاية الأمر ثبوت خيار تبعّض الصفقة للأصيل ، وهذا لا خفاء فيه .

وأمّا إذا كانت مخالفة للعقد بنحو الاطلاق والتقييد ، فإن كان الاشتراط والتقييد على الأصيل للمالك كما إذا باعه الفضولي داراً واشترط عليه أن يخيط ثوب المالك مثلاً ثمّ أجاز المالك نفس المعاملة مطلقة دون الاشتراط ، فلا إشكال في صحّة المعاملة حينئذ لأنّ مَن له الحقّ الذي هو المالك في المثال قد أسقط شرطه وحقّه ولم يطالب المشتري بما التزمه على نفسه فالمعاملة صحيحة .

وأمّا إذا كان الاشتراط على المالك للأصيل كما إذا باعه الفضولي شيئاً واشترط الخياطة على المالك للأصيل فأجاز المالك نفس المعاملة دون المعاملة المشروطة بالشرط فذهب شيخنا الأنصاري(١) إلى أنّ المعاملة باطلة ، لأنّ العقد وإن كان يقبل التبعيض من حيث الأجزاء كما مرّ في الأمثلة المتقدّمة ، إلّا أنّه لا يقبل التبعيض من حيث الشرط أبداً ، لأنّ الشروط لا يقع بازائها الثمن وإنّما الثمن في مقابل نفس المال فقط .

وذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) أنّ المعاملة في الصورة المفروضة صحيحة ، لأنّ الشرط وإن لم يحصل للمشتري حسب الفرض ولكنّه لا يضرّ بالمعاملة أبداً ، وهذا نظير تعذّر الشرط خارجاً وعدم وصوله للمشتري ، والوجه في ذلك أنّ اشتراط شيء في العقد ليس بمعنى تعليق العقد عليه حتّى يبطل العقد بانتفائه ، لأنّ التعليق في العقود يوجب البطلان بالاتّفاق ، وإنّما معناه هو الالتزام في

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٣٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٠٣ .

الالتزام ، فإذا لم يحصل أحدهما فلا وجه لبطلان الآخر أبداً ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ الشرط التزام في الالتزام وليس العقد معلّقاً عليه وإلّا لبطلت المعاملة للتعليق ممّا لا غبار عليه ، لأنّ معنى الاشتراط ليس عدم البيع على تقدير عدم حصوله ، وإلّا لبطلت المعاملات المشروطة بالشرط للاتّفاق على أنّ التعليق يوجب البطلان ، ومع الغضّ عن ذلك فلازمه بطلان العقد عند تخلّف الشرط ، بل الاشتراط عبارة عن الالتزام في الالتزام ، وإنّما الكلام في معنى الالتزام في الالتزام وهل أنّه عبارة عن مجرّد التقارن بين الالتزامين من دون أن يكون أحدهما مربوطاً بالآخر بوجه كالالتزام الابتدائي نظير الوعد والعهد فهذا لا يمكن الالتزام به إذ لا وجه حينئذ للخيار عند تخلّف الشرط فإنّه غير واجب الوفاء كالوعد فلماذا نحكم بالخيار عند التخلّف حينئذ ، بل هو مخالف لمعنى الشرط لغة فإنّ الشرط هو الربط بين شيئين ومنه الشريط الذي يوضع على اللباس ، ولا ربط بين الشيئين على هذا الاحتمال .

فالتحقيق كما ذكرناه في محلّه : أنّ معناه عبارة عن أنّ الالتزام بالبيع والقيام عليه معلّق على الالتزام الآخر ، فأصل البيع غير معلّق على شيء بل هو متحقّق على كلا تقديري تحقّق الشرط وعدمه ، وإنّما المعلّق عبارة عن الالتزام بذلك البيع والثبات عليه والوفاء به ، وأنّ الوفاء بالعقد معلّق على وفاء الآخر بالشرط ومرجعه إلى جعل الخيار عند تخلّف الشرط خارجاً ، وعليه يثبت له الخيار فيما إذا تخلّف الشرط في المعاملة ، ولا يكون ذلك من قبيل التعليق في العقود ، لأنّ البيع والعقد غير معلّقين على شيء وإنّما المعلّق هو الالتزام بالمبادلة وعدم فسخها ، وعليه فالبيع قسمان لازم وخياري وهما حصّتان متغايرتان ، فإذا أوجد الفضولي إحدى الحصّتين فأجاز المالك الحصّة الأُخرى منهما فلا معنى لصحّة البيع حينئذ ، لأنّ إحداهما غير الأُخرى بالبداهة فلا تكون الاجازة مطابقة للعقد بوجه ، والتطابق

بينهما معتبر في صحّة المعاملات نظير التطابق بين الايجاب والقبول . وبعبارة أُخرى : العقد الواقع في الخارج لم تتعلّق به الاجازة وما تعلّقت به الاجازة حصّة أُخرى لم تقع خارجاً .

وهذا لا يقاس بما إذا تعذّر الشرط خارجاً بعد تمامية العقد من الطرفين فإنّ البائع والمشتري في صورة التعذّر قد رضيا بالبيع والشرط وطابق القبول الايجاب فيها غاية الأمر أنّ الشرط تعذّر خارجاً إمّا بالتعذّر العقلي كما إذا لم يتمكّن من الوفاء بالشرط حقيقةً بأن لم يتمكّن من تحريك لسانه ليدرّسه كما إذا اشترط عليه التدريس ، وإمّا بالتعذّر الشرعي كما إذا باعه شيئاً بشرط أن يأتيه بالخمر أو يقتل عدوّاً له ، فإنّه وإن كان متمكّناً من الفعلين حينئذ إلّا أنّ الشارع نهاه عنهما فهما متعذّران شرعاً ، وهذا بخلاف المقام فإنّ أحدهما غير راضٍ بفعل الآخر ولم يحصل التطابق بينهما ، فالمعاملة لم تتمّ بعد فكيف يقاس أحدهما بالآخر .

فالصحيح ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من البطلان في الصورة المفروضة وإن كان ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) بالاضافة إلى معنى الاشتراط صحيحاً أيضاً ، هذا كلّه في صورة اشتراط الأصيل على المالك .

وممّا ذكرناه في تفصيله يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) من أنّ المقام نظير تخلّف الجزء فيما إذا باع شيئاً مركّباً ممّا لا وجه له ، فإنّ الالتزامين عند تخلّف الجزء متطابقان بخلاف المقام ، وتوضيحه : أنّه إذا باع الفضولي فرسين للمشتري فقبله الأصيل بالاجتماع بمعنى أنّ شراء كلّ واحد منهما مشروط بشراء الفرس الآخر ، ثمّ أجازه المالك في أحدهما دون الآخر ، لا وجه لبطلان المعاملة أبداً ، وذلك لأنّ المشتري كأنّه اشترى كلّ واحد منهما بشراء مستقل مشروطاً بشراء الفرس الآخر في المثال ، والمالك أجاز البيع الخياري في أحدهما دون الآخر حيث إنّ البيع في كلّ واحد منهما خياري ومشروط بشراء الآخر حسب الفرض

فالخيار عند تخلّف الشرط ثابت في كلّ واحد منهما من الابتداء، والمالك أجاز أحد البيعين الخياريين دون الآخر، فكأنّه قال أجزت بيع أحدهما وللمشتري الخيار وله الالتزام بالبيع وفسخه، وهذا بخلاف المقام فإنّ المعاملة وقعت على المقيّد بالشرط والاجازة على المطلق فلم تتطابق الاجازة مع المعاملة، والتطابق بينهما ممّا لا مناص عن الالتزام به في صحّة المعاملات ولعلّه ظاهر، فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه) في المقام من أنّ تخلّف الشرط نظير تخلّف الجزء في عدم استلزامه البطلان في المعاملات، هذا كلّه فيما إذا وقع الاشتراط في ضمن العقد للأصيل على المالك أو للمالك على الأصيل.

وأمّا إذا كانت المعاملة مطلقة حين العقد واشترط المالك حين الاجازة أمراً على الأصيل ففيه وجوه: الأوّل صحّة الاجازة مع الشرط فيما إذا رضي به الأصيل. الثاني: صحّة الاجازة في نفسها دون الشرط لأنّه من قبيل الشروط الابتدائية وهي ممّا لا يجب الوفاء به. الثالث: بطلان الاجازة لأنّها مشروطة بالشرط فإذا لغى الشرط لغى المشروط لا محالة.

وقد مال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) إلى الأخير، إلّا أنّ التحقيق هو الوجه الأوّل. أمّا عدم صحّتها فيما إذا لم يرض به الأصيل فلما ذكرناه سابقاً من عدم تطابق الاجازة للعقد حينئذ، فإنّها متعلّقة بالعقد المشروط والواقع خارجاً هو العقد المطلق والتطابق بينهما ممّا لابدّ منه. وأمّا صحّتها أي الاجازة مع الشرط فيما إذا رضي به الأصيل فلأجل أنّ الشروط الابتدائية وإن كانت خارجة عن عموم «المؤمنون عند شروطهم» وغيره من العمومات من جهة الإجماع على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية وإن كان على خلاف الأخلاق أو من جهة

---

(١) المكاسب ٣: ٤٣٠.

اقتضاء نفس الشرط فإنّه بمعنى الربط بين شيئين كما في القاموس[1] فلذا قلنا سابقاً إنّ الشريط مأخوذ من الشرط لأنّه يربط بين الشيئين كما هو ظاهر، فلابدّ في تحقّق الشرط من وجود شيء يرتبط به شيء آخر، وهذا مفقود في الشروط الابتدائية كما هو واضح فلا يجب الوفاء بها، إلّا أنّ الشرط في المقام لمّا كان في ضمن القبول أو ما هو بحكمه أعني الاجازة ولم يكن من قبيل الشرائط الابتدائية فلا مانع من شمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» له بعد ما رضي به الأصيل، لأنّه شرط في ضمن المعاملة غاية الأمر أنّه ذكر في طرف الاجازة والقبول لا في طرف الايجاب، ولم يرد دليل على اعتبار ذكره في طرف الايجاب في وجوب الوفاء به. نعم هذه المعاملة المشروطة لم تبرز بالايجاب والقبول بل أُبرزت بايجاب وقبول ورضىً من الأصيل والاختلاف في المبرز غير مانع عن صحّة المعاملات.

وبالجملة: أنّ العقد وإن كان مطلقاً بحسب الحدوث إلّا أنّه بحسب البقاء مشروط من كلا طرفي الأصيل والمالك، فلا يرد إشكال عدم التطابق بين الاجازة والعقد في المقام، هذا كلّه فيما إذا اشترط المالك على الأصيل حين الاجازة، وأمّا إذا اشترطه للأصيل على نفسه فلا إشكال في صحّته بطريق الأولوية والفحوى، لأنّ الأصيل الذي رضي بالمطلق حسب الفرض فهو راضٍ بالعقد عند الاشتراط له ولعلّه ظاهر، هذا تمام الكلام في الاجازة.

---

(١) القاموس ٢ : ٣٦٨.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

البيع ـ ١

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

«١٣١٧ - ١٤١٣ هـ»

الجزء ٣٧

طبعة منقحة

البيع

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

مؤسسة الخوئي الإسلامية

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

من الآن إلى قيام يوم الدين

التنقيح

في شرح المكاسب

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعاظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

«١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ»

البيع

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي قدس سره

طبعة منقحة

مؤسسة الخوئي الإسلامية

الكلام في المجيز

والكلام فيه يقع في أُمور :

الأول : يشترط في المجيز أن يكون جائز التصرّف حال الاجازة لا محالة فلو كان مجنوناً أو سفيهاً أو محجوراً عن التصرفات حال الاجازة فلا اعتبار باجازته كما هو ظاهر ، وهذا من دون فرق بين القول بالكشف والنقل ، وذلك لأنّ الكلام في شرائط المجيز من جهة أنه تصرّف في المال فيعتبر في المتصرف أن يكون جائز التصرف في المال ، وأمّا أنّ أثر الاجازة الصادرة منه ـ بعد الفراغ عن صحّتها ـ أي شيء هل تؤثّر في الملكية من حين العقد أو من حين الاجازة فهو مطلب آخر لا ربط له بشرائط المجيز ، وإنّما هو راجع إلى مقدار تأثيرها كما لا يخفى .

الثاني : أنه اشترط بعضهم في صحة الفضولي وجود مجيز حين العقد واستدلّ عليه العلّامة (قدّس سرّه)[1] بأنّ صحّة العقد في حال العقد مع فقد المجيز ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، لأنّ المستحيل لا ينقلب إلى الامكان بعد الاستحالة فوجود المجيز بعد العقد ممّا لا أثر له ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ المشتري يتضرّر حينئذ لامتناع تصرّفه في العين لاحتمال عدم الاجازة بعد ذلك ، ولا في الثمن لاحتمال صدور الاجازة من المالك ، ومقتضى شمول

---

(١) القواعد ١ : ١٢٤ .

قاعدة لا ضرر له عدم صحّة المعاملة فيما إذا لم يكن مجيز للعقد حين المعاملة ، هذا .

وعدم المجيز للعقد حين المعاملة يتصوّر على وجوه :

أحدها : عدم ذات المجيز وفقد ذاتٍ من شأنها الاجازة للعقد ، وهذا غير متحقّق على مسلك الإمامية كما حكي عن البيضاوي[1] إذ لا يتصوّر ملك بلا مالك يجيز العقد ، لأنّ الإمام (عليه السلام) موجود في كل عصر وهو الولي على الأموال على الاطلاق ، بل لا يتم ذلك بناء على مسلك الجماعة أيضاً لأنّهم يرون الخلفاء أولياء على الأموال .

والحاصل أنّ فرض عدم ذات المجيز لا يتم في الأموال ، وأمّا في غيرها كما في زواج الصغير والصغيرة مع عدم وليّهما أو جدّهما والبناء على أنه لا ولاية لغير الأب والجدّ في نكاح الصغيرين كما هو أحد الأقوال في المسألة فلا مانع منه .

ثانيها : عدم المجيز بوصف التمكّن من الاجازة وإن كانت ذاته متحقّقة إلّا أنه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمكّن من الوصول إليه كما إذا وقعت المعاملة في بر لا يمكن الوصول فيه إلى المالك ، أو كان المالك نائماً أو كان بعيداً أو كان وليّه غائباً فلو لم يكن له مالك أبداً فالإمام (عليه السلام) أيضاً لا يمكن الوصول إليه .

و**ثالثها** : عدم المجيز شرعاً وإن كانت ذاته متحقّقة ويتمكّن من الاجازة أيضاً ، إلّا أنّ الشارع منعه عن الاجازة كما إذا باع الفضولي مال اليتيم على خلاف المصلحة فإنّ الولي لا يمكنه الاجازة حينئذ لأنه على خلاف مصلحة اليتيم كما إذا باعه بنصف قيمته ونحوه ثمّ حال الاجازة بعد المعاملة صار بيعه على وفق المصلحة لحكم أو قانون حكومي يقضي بتخريب أمثال تلك الدور من دون دفع ثمن أصلاً .

فأمّا الأوّلان فلا ينبغي التكلّم في اعتبارهما أبداً ، إذ لا دليل على اشتراط

---

(١) حكى عنه الشيخ في المكاسب ٣ : ٤٣٢ .

ذات المجيز أو المجيز بوصف التمكّن من الاجازة في صحة المعاملات ، واشتراطهما خالٍ عن الوجه بالكلّية ، بل ما ورد في صحّة زواج الصغيرين أدلّ دليل على عدم اعتبارهما في صحة الفضولي ، إذ لم يستفصل فيها بين وجودهما حال العقد وعدمه .

وكذا الحال في الوجه الثالث إذ لا يعتبر في صحة الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد شرعاً بل العبرة بوجود المجيز حال الاجازة ، والذي يوضّح ذلك ملاحظة عكس المسألة أعني ما إذا كان بيع مال اليتيم على وفق المصلحة حين العقد ثمّ ترقّت قيمة المال حين الاجازة وكانت إجازة البيع على خلاف المصلحة فهل للولي إجازة العقد الصادر من الفضولي حينئذ بدعوى أنه كان على وفق مصلحة اليتيم ، ومن الظاهر أنّ الاجازة حينئذ لغو حيث إنّ استناد البيع للولي وبيعه المال إنّما هو بالاجازة والمفروض أنه على خلاف المصلحة فلا محالة تبطل الاجازة في مثلها ، لأنّ اقتراب مال اليتيم إنّما يجوز فيما إذا كان على وفق المصلحة فقد قال الله تعالى : **﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**[1] وقبل الاجازة لم يتحقّق بيع للولي حتّى يكون العبرة بزمان العقد ، وإنّما هو يتحقّق حين الاجازة فالاعتبار بزمانها ، والمفروض أنّ البيع حينها على خلاف المصلحة فتبطل الاجازة .

ومنه يظهر الحال في المقام وأنّ كون البيع حين المعاملة على خلاف المصلحة لا يمنع عن صحة الاجازة فيما إذا كان البيع حين الاجازة على وفقها ، فإنّ العبرة إنّما هي بزمان الاجازة كما لا يخفى ، فوجود المجيز للعقد حينه على نحو يتمكّن من الاجازة شرعاً غير معتبر في صحة المعاملة كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنه لا يعتبر في الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد ، لا بذاته ولا بوصف التمكّن من الاجازة عقلاً ولا بوصف التمكّن منها شرعاً ، بل الأول غير

---

(١) الاسراء ١٧ : ٣٤ .

متصوّر على مسلك الامامية ، والثاني أيضاً لا دليل على اعتباره بوجه ، بل الغالب أنّ المالك غير متمكّن من الاجازة حين العقد لعدم علمه أو لنوم ونحوهما وهو ظاهر ، كما أنّ الثالث لا دليل على اعتباره لما مرّ ، والروايات الواردة في صحة الفضولي لم تستفصل بين وجود المجيز بذاته أو بوصف الاجازة عقلاً أو شرعاً وعدمه ولعلّه ظاهر .

بقي الكلام فيما استدُلّ به[1] للعلّامة (قدّس سرّه) على المدّعى في المقام : أمّا الاستدلال بلزوم الضرر على المشتري فهو ـ بعد انتقاضه بما إذا تمكّن المالك من الاجازة عقلاً وشرعاً ولكنّه لا يجيز العقد ولا يردّه فإنه لا يلتزم ببطلان المعاملة حينئذ بل يذهب إلى الالتزام بالخيار أو إجبار المالك على أحدهما فلماذا لا يلتزم بهما في المقام ـ مندفع بأنّ ذلك مبني على لزوم العقد بالنسبة إلى الأصل في المعاملات الفضولية قبل الاجازة كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري[2] ولكنّك عرفت أنّ العمومات لا تشمله قبل إجازة المالك أبداً ، بل للأصيل أن يتصرّف في ماله تصرّف الملّاك في ملكهم لاستصحاب عدم الاجازة في الأزمنة المتأخّرة .

وأمّا استدلاله عليه بأنّ صحة المعاملة والحال هذه ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، فلم نفهم ماذا أراد هذا الرجل العظيم بهذا الكلام ، فإنّ الامتناع تارةً امتناع ذاتي نظير استحالة اجتماع النقيضين والتسلسل والدور والخلف الذي مرجعها إلى استحالة اجتماع النقيضين وارتفاعهما ، ومثله لا إشكال في امتناعه إلى الأبد ، لأنّ المستحيل لا ينقلب عن امتناعه بمرور الزمان ولا يختلف الحال فيه باختلاف الحالات ، فلا يحتمل إمكان اجتماع النقيضين في زمان من الأزمنة أبداً

---

(١) المستدلّ هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٧٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤١٤ .

وأُخرى يكون الامتناع امتناعاً بالغير كامتناع المعلول لعدم علّته أو المشروط لعدم شرطه ، وهذا لا مانع من تبدّله إلى الوجوب بالغير بعد وجود علّته أو شرطه فضلاً عن تبدّله إلى الامكان ، وصحّة البيع في المقام من هذا القبيل لأنّها إنّما كانت ممتنعة حال العقد لفقد علّتها وشرطها فبعد ما تحقّقت العلّة فلا مانع من صيرورة الصحّة واجبة بالغير ولعلّه ظاهر .

وبعبارة أُخرى : الامتناع حين المعاملة إنّما هو من أجل عدم علّتها وهي بيع الولي ، والوجوب بعد الاجازة من جهة وجود علّته وهي البيع المتحقّق بالاجازة .

فالمتحصّل : أنه لا وجه لاشتراط وجود ذات المجيز ولا المجيز بوصف الاجازة عقلاً ولا بوصف التمكّن منها شرعاً في صحة المعاملات الفضولية أبداً ولعلّه ظاهر .

الأمر الثالث : أنه لا يشترط في المجيز أن يكون جائز التصرف حين البيع وكونه كذلك يتصوّر على وجوه :

أحدها : أن لا يكون المجيز مالكاً للمال حال العقد ومن أجل ذلك لم يكن تصرّفه حال العقد جائزاً ، فعدمه مستند إلى عدم المقتضي للجواز .

وثانيها : أن لا يكون المجيز نافذ التصرف في المال لفقد شرط من شروط نفوذ تصرّفاته كما إذا كان مجنوناً أو صغيراً أو سفيهاً ثمّ صار عاقلاً أو بالغاً أو رشيداً حال الاجازة للبيع ، فعدم صحة تصرّفاته من جهة عدم شرطها .

وثالثها : أن لا يجوز له التصرف في المال حين العقد لأجل مانع كتعلّق حقّ الغير به كما إذا كانت العين مرهونة ثمّ أخرجها من الرهن حين الاجازة ، فعدم الجواز مستند إلى وجود المانع عنه .

فأمّا الصورة الأُولى : فعدم الملك حين العقد تارةً من جهة عدم الملك واقعاً وظاهراً كما إذا باع مال الغير ثمّ ملكه . وأُخرى من جهة عدم الملك ظاهراً مع كونه

مالكاً له بحسب الواقع كما إذا باع مال أبيه بظنّ حياته ثمّ انكشف موت الأب وأنه كان ملكه واقعاً . وثالثة من جهة عدم الملك تخيّلاً واعتقاداً مع كونه ملكه واقعاً كما إذا اعتقد أنّ المال ملك شخص آخر فباعه ثم انكشف أنه ملكه ، وسيأتي تفصيل الكلام في هذه المسألة بجميع صورها عن قريب إن شاء الله تعالى .

وأمّا الصورة الثانية : أعني ما إذا استند عدم جواز التصرفات حال العقد إلى فقد شرط من شرائط الجواز كما إذا كان مجنوناً أو سفيهاً أو صبياً ونحوها ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحّة المعاملة الصادرة عن المجنون إذا تمشّى منه قصد المعاملة والسفيه والصبي وغيرها ، وعدم اشتراط صحتها بكون البائع المالك جائز التصرف في المال ، غاية الأمر أنها تتوقّف على إجازة الولي كغيرها من المعاملات الفضولية ، أو على إجازة نفسه فيما إذا بلغ أو صار رشيداً بعد المعاملة ، وذلك لأنّ المعاملة حينئذ تامّة الأجزاء والشرائط ولا قصور فيها إلّا من ناحية الاستناد من أجل أنّ استناد المعاملة إلى المالك المجنون أو السفيه كلا استناد عند الشارع ولا اعتبار له عنده ، فلابدّ في صحّتها من استنادها إليه على وجه معتبر ، فإذا حصل الاستناد باجازة الولي أو باجازة نفسه بعد البلوغ والرشد فلا مانع من أن تشملها العمومات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ .

نعم لو كان قصور تلك المعاملات من جهة الانشاء لا الاستناد بأن التزمنا بعدم اعتبار إنشاء الصبي أو السفيه أو المجنون وأنه كلا انشاء عند الشارع ولو أجازه الولي أيضاً ، فلا محالة تبطل المعاملة في هذه الصورة لعدم اعتبار إنشاء البايعين في مثل الصبي والمجنون والسفيه ، إلّا أنّا ذكرنا أنّ إنشاء الصبي باجازة الولي ممّا لا مانع منه ، وعليه فالقصور مستند إلى عدم استناد صحيح وهو يحصل بالاجازة المتأخّرة

كما هو ظاهر ، والذي يوضّح ذلك ما ورد[١]، في صحّة نكاح الصغيرين من أنّ الزوجة إذا بلغت فأجازت النكاح صحّ وترث من زوجها لا محالة .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا استند عدم جواز التصرّف حين العقد إلى وجود مانع نظير حقّ الرهانة ونحوه ، وفي هذا الفرض تارةً يكون البائع هو المرتهن ، فلا إشكال في صحته إذا أجاز المالك لأنّ بيع المرتهن بنفسه إسقاط لحقّه . وأُخرى يكون البائع أجنبياً فيحتاج إلى إجازة المرتهن وإجازة المالك معاً كما سيأتي ، وإنّما الكلام فيما إذا كان البائع هو الراهن ثمّ أدّى دَينه وفكّ الرهن فإنه قد يقال ببطلان البيع ويستدلّ له : بأنّ العقد مع تماميته من جميع الجهات واستناده إلى المالك لم يمضه الشارع حين المعاملة ، والمفروض أنه لم يحصل الاستناد ثانياً ، كما أنّ الشارع لم يمضه مرّة أُخرى ، فلا محالة يقع باطلاً لأنّ العقد حين وقوعه ممّا لم يمضه الشارع مع تحقّق الاستناد فيه ، فكيف يصحّ بعد ذلك مع أنه لم يرد عليه إمضاء آخر .

ومنه يظهر أنّ المقام لا يشبه المعاملات الفضولية أبداً ، لأنّ عدم صحّة الفضولي قبل إجازة المالك إنّما هو مستند إلى فقدان الاستناد فإذا حصلت الاجازة فيتمّ استناد العقد إلى المالك فلا مانع من صحته بوجه ، وأمّا في المقام ونظائره ممّا يحصل العقد من نفس مَن ينبغي أن يسند إليه ومع ذلك لا يمضيه الشارع لتعلّق حقّ شخص آخر بالعين كما في نكاح بنت أُخت الزوجة أو بنت أخيها ، فلا مجال للصحّة فيه أبداً ، لأنه حين العقد لم يتعلّق به الامضاء مع تحقّق الاستناد وبعد ذلك أيضاً لم يتعلّق به إمضاء آخر فلا محالة يقع باطلاً ، هذا .

ولا يخفى أنّ عدم شمول العمومات لمثل بيع المرهونة أو نكاح بنت أُخت

---

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١ وغيره .

الزوجة إنّما هو من جهة ما دلّ على اعتبار رضا المرتهن أو الزوجة أو غيرهما ولولاه لما كان من شمول العمومات لها مانع أبداً ، فهذا الدليل كالمخصّص والمقيّد لتلك العمومات ، فإذن لابدّ من ملاحظة مقدار دلالة ذلك الدليل وأنه دلّ على اعتبار رضا المرتهن أو الزوجة أو غيرهما إلى أي مقدار ، ولا إشكال في أنه دلّ على خروجها عن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه في حال عدم رضا من يعتبر إجازته ورضاه ، فإذا لحقه الرضا ممّن يعتبر إجازته أو سقط حقّه فلا محالة يتمّ العقد فيشمله العمومات .

وبالجملة : أنّ هذا الدليل ليس من قبيل المخصّص الفردي الذي يخرج الفرد عن تحت العمومات الشاملة له حتّى نحتاج في دخوله تحتها إلى دليل ، بل هو مخصّص زماني للفرد في بعض الحالات وهو حال عدم الرضا ، فإذا ارتفع فالعمومات تشمله في سائر الحالات من الابتداء ولا نحتاج في شمولها له إلى دليل آخر عليه ، وهذه من صغريات الكبرى المعروفة وهي أنّ المتعيّن عند دوران الأمر بين التقييد والتخصيص هو التقييد ، لأنه المقدار المتيقّن في البين ، وفي المقام الأمر يدور بين تخصيص العمومات بهذا الفرد من البيع حتّى يقع فاسداً وبين تقييد العمومات بحالة عدم كون الملك طلقاً لأجل الرهانة وعدم رضا من له الحقّ ، فإذا ارتفعت الحالة المانعة عن شمولها فلا مانع من شمول الاطلاقات والعمومات بوجه ولعلّه ظاهر فالبيع في المقام وإن لم تشمله العمومات بحسب الحدوث إلّا أنّها تشمله بحسب البقاء بعد ارتفاع الحالة المانعة كما لا يخفى .

والذي يدلّ على ذلك ما ورد(١) في صحة نكاح العبد فيما إذا أجازه سيده معلّلاً بأنه لم يعص الله وإنّما عصى سيده فإذا أجاز جاز ، فإنه يدلّ على أنّ العقد

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ ، ٢ .

المتوقّف على إجازة الغير إنّما يقع صحيحاً فيما إذا أجازه الغير ، وبيع المرهونة في المقام من هذا القبيل فإنه يحتاج إلى إجازة المرتهن ما دام حقّ الرهانة باقياً أو إلى إجازته وإجازة المالك معاً فيما إذا باعها الأجنبي مثلاً ، وأمّا بعد سقوط حقّ الرهانة فتشمله العمومات ، وعليه فلا وجه لما استدلّ به على بطلان بيع العين المرهونة بوجه . ومنه يتّضح صحّة نكاح بنت أُخت الزوجة أو أخيها فيما إذا رضيت به زوجته .

بقي الكلام في أمرين ثانيهما عمدتهما ، الأول : أنّ المعاملة بعد ما خرجت العين عن الرهانة وفكّت عن حقّ المرتهن وصارت طلقاً هل تحتاج إلى إجازة المالك أو لا ؟ والثاني في أنّ الاجازة على تقدير لزومها في المقام يجري فيها نزاع الكشف والنقل أو أنّها ناقلة في المقام وإن قلنا بالكشف في غيره .

أمّا المقام الأول : فالظاهر أنه لا حاجة إلى إجازة المالك بعد صيرورة الملك طلقاً بفكّ المال عن الرهانة ، لأنّ المعاملة مستندة إلى المالك على الفرض وإنّما كان المانع من صحّتها حقّ المرتهن وقد سقط حقّه .

وأمّا الثاني فالاجازة على تقدير لزومها في المقام تتمحّض في الناقلية دون الكشف وفاقاً للمحقّق الثاني ومن تبعه حيث إنه مع إصراره على الكشف في الاجازة[1] التزم بالنقل في المقام ، والوجه في ذلك أنّ نزاع الكشف والنقل إنّما يجري فيما إذا كان العقد تامّاً من جميع الجهات وكان متوقّفاً على الاستناد إلى المالك فقط فعند حصول الاستناد إليه بالاجازة يمكننا الالتزام بأنّ هذا الاستناد الفعلي تعلّق بالعقد المتقدّم ، فتكون الاجازة من الآن متعلّقة بالملكية من حال العقد وهو ممّا لا ضير فيه كما تقدّم سابقاً .

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٧٤ .

وأمّا إذا كانت صحة العقد متوقّفة على أمر آخر مضافاً إلى توقّفها على الاجازة ففي مثله لا يمكن الالتزام بأنّ الاجازة تكشف عن الملكية من حال العقد كيف وهي تتوقّف على أمر آخر حسب الفرض . نعم لا مانع من الالتزام بالكشف في المقدار الممكن وهو زمان حصول ذلك الأمر الآخر ، مثلاً إذا عقد الفضولي بيع الصرف يوم السبت وقبضه يوم الأحد وأجازه المالك يوم الاثنين فالاجازة لا معنى لأن تكون كاشفة عن الملكية يوم السبت ، لأنّها تتوقّف على القبض وهو مفقود في ذلك اليوم ، نعم لا مانع من الالتزام بالكشف عن الملكية يوم الأحد لحصول القبض والاقباض حينئذ ، فالعقد تام والاستناد قد حصل يوم الاثنين وتعلّق بذلك العقد الواقع سابقاً فتؤثّر في الملكية في زمان يمكن فيه الملك كما عرفت وفي المقام لمّا كانت صحّة العقد الواقع على العين المرهونة متوقّفة على فكّ الرهانة أو إجازة المرتهن والمفروض أنّ الاجازة منتفية والفكّ إنّما حصل بعد الفقد بزمان أوجبت الاجازة المتأخّرة انتقال الملك من حين الانفكاك والطلاقة دون حين العقد والمعاملة ، وهذا هو معنى النقل الذي نلتزم به في المقام في مقابل الكشف عن الملكية من حين العقد ، هذا كلّه فيما إذا كان عدم جواز التصرف حال العقد مستنداً إلى فقدان الشرط أو وجود المانع عنه .

وأمّا فيما إذا كان مستنداً إلى عدم المقتضي وهو الملك فقد قسّمه شيخنا الأنصاري إلى أقسام : لأنه تارة يبيع لنفسه ثمّ يملكه بسبب اختياري كالاشتراء أو غير اختياري كالارث . وأُخرى يبيعه للغير ثمّ يملكه . وثالثة يبيعه بتخيّل أنه ملك الغير أو بعنوان كونه للغير ظاهراً ثمّ ينكشف أنه ملكه .

والكلام فعلاً يقع في :

المسألة الأُولى

وهي ما لو باع شيئاً لنفسه ثمّ ملكه، ولنفرض الكلام فيما إذا أجازه بعد الملك ثمّ نتكلّم فيما إذا ردّه بعد ذلك، فقد نسب إلى الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[١] القول بالصحة في المسألة، لأنه (قدّس سرّه) ذهب إلى أنّ المالك فيما إذا باع مالاً زكوياً قبل إخراج الزكاة منه ثمّ أدّى عوضه بشيء آخر يقع البيع صحيحاً، وهذه المسألة بعينها مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك بناء على أنّ حقّ الفقراء في الزكاة متعلّق بالمال وأنّهم شركاء للمالك في المال الزكوي، فإذا باعه بتمامه فقد باع حصّة الفقراء فضولاً ثمّ ملكها بأداء عوضه خارجاً، فلذا أورد عليه المحقّق في المعتبر[٢] وغيره في غيره بأنّ ذلك من الشيخ مبني على جواز بيع مال الغير فيما إذا ملكه بعد ذلك مع أنه باطل لأنه حين العقد لم يكن مالكاً وحين الملك لم يتحقّق البيع.

واحتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] أن يكون حكم الشيخ في المسألة مبنياً على عدم تعلّق الزكاة بالعين الخارجية حتّى يكون المال الزكوي مشتركاً بين المالك والفقير بل تتعلّق بها على نحو تعلّق حقّ الرهانة بها فيكون من باب وجود المانع لا عدم المقتضي، هذا.

والتحقيق أنّ ما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه) في المقام ليس مبنياً على طبق القاعدة، وإنّما حكم بما حكم لأجل ما ورد في المسألة من النصّ وقد نقله السيّد (قدّس سرّه) في الحاشية[٤] وتعرّض له شيخنا الأنصاري في كتاب الزكاة[٥] ولا يلزم

---

(١) المبسوط ١ : ٢٠٨ .

(٢) المعتبر ٢ : ٥٦٣ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٣٦ .

(٤) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٦٣ .

(٥) كتاب الزكاة : ٢٠٢ .

في الرواية أن تكون على طبق القاعدة ، فكلامه وحكمه (قدّس سرّه) من جهة النصّ لا من جهة أنّ صحته على طبق القاعدة .

والعجب من المحقّق وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّهما) كيف رضيا بحمل كلامه على احتمالات بعيدة ولم يحتملا أن يكون ذلك منه من جهة النصّ الوارد في المسألة .

وكيف كان ، فقد ذهب جماعة إلى بطلان البيع في المقام ومنهم الشيخ أسد الله التستري (قدّس سرّه)(١) واستدلّ عليه بوجوه ، ومن المعلوم أنّ مقتضى القاعدة والعمومات والاطلاقات صحّة البيع وعدم اشتراط المعاملة بالملك حال العقد فلننظر إلى ما استدلّ به المانع في المقام فإن تمّ فهو ، وإلّا فمقتضى القاعدة هو الصحّة كما عرفت .

الوجه الأوّل : ما ذكروه في بطلان بيع الغاصب وهي أُمور :

الأول : أنّ الغاصب غير قاصد لحقيقة المبادلة ، والمقام أيضاً كذلك حيث إنّ الفضولي باع المال لنفسه مع علمه بأنه ملك الغير فكيف يتحقّق منه قصد المعاوضة الحقيقية حيث إنّها تقتضي خروج المال عن كيس مَن دخل المال في كيسه ، وهذا مفقود في المقام فلا محالة تقع المعاملة فاسدة .

وقد مرّ هذا الإشكال في بيع الغاصب سابقاً وأُجيب عنه بوجوه يأتي بعضها في المقام ولا يأتي فيه بعضها الآخر ، منها : أنّ الغاصب قد سرق الاضافة من المالك ونسبها إلى نفسه وادّعى المالكية لنفسه ، وبهذه الدعوى والتخيّل يراه مال نفسه فلذا لو سألناه عن أنه لمن ، فيجيب بأنه لي فهو قاصد للمعاوضة الحقيقية غاية الأمر اعتقاداً أو ادّعاء كما هو الحال في الغاصبين والسارقين ، فهذا الجواب لا يجري في المقام لأنّ البائع لا يدّعي أنه له بل مع إقراره بأنه ملك الغير واعترافه بأنه للمالك

---

(١) مقابس الأنوار : ١٣٤ .

يبيعه لنفسه حتّى يشتريه من مالكه فيسلّمه إلى المشتري أو يدفعه إليه بعد موت أبيه ومورّثه كما قد يتّفق ذلك في الآباء الأثرياء الذين لا يعطون لأولادهم شيئاً فأبناؤهم يبيعون أموال مورّثهم بالمعاملات القطعية الرسمية كي يدفعونها إلى المشترين بعد موت المورّثين ، هذا كلّه على تقدير تمامية الجواب المذكور في بيع الغاصب بناء على أنه سرق الاضافة المالكية ونسبها إلى نفسه دون الفضولي ، وأمّا بناء على أنه لا معنى لسرقة الاضافة لأنّ السرقة إنّما هي في المال فكيف يسرق الاضافة ، فهذا الجواب لا يتمّ في شيء من المقامين .

ومنها : أي من الأجوبة المذكورة في بيع الغاصب أنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين كما يظهر من تعريفهم للبيع بأنه مبادلة مال بمال ، وهذه المبادلة التي بها يتقوّم البيع حقيقة متحقّقة في بيع الغاصب أيضاً لأنه قد بدّل المال بالمال ، نعم ضمّ إلى تلك المبادلة ضميمة أُخرى وهي أن يكون الثمن لنفسه ، وبما أنّ هذه الضميمة غير صحيحة عند العرف والشرع فلا محالة تلغو بخلاف أصل المبادلة بين المالين ، فحقيقة المعاوضة متحقّقة في بيع الغاصب .

وهذا الجواب يجري في المقام من جهة أنّ الفضولي أوجد المبادلة بينهما أي المالين وضمّ إليها كون الثمن لنفسه فتلغو تلك الضميمة ، بخلاف المبادلة بين المالين .

الثاني : لبعض الأخبار والروايات الواردة بمضمون النهي عن بيع ما لا تملكه أو أنه لا بيع إلّا في ملك ونحوهما ، ولا نتعرّض لها في المقام لأنّها تأتي في الوجه السابع من إشكالات الشيخ أسد الله التستري في المسألة وهناك نتعرّض إلى تفصيلها إن شاء الله تعالى .

الثالث : أنّ المالك إذا أجاز المعاملة فبالاجازة لا تقع المعاملة للغاصب أبداً وإنّما الاجازة توجب استناد العقد إلى المالك لا إلى غيره ، وعليه يصدق أن يقال إنّ ما وقع لم يتعلّق الاجازة به لأنّ الغاصب باعه لنفسه ، وما تعلّقت الاجازة به فهو

غير واقع إذ الواقع هو البيع لنفسه لا للمالك كما عرفت .

وهذا الإشكال لا يجري في المقام لمطابقة الاجازة للعقد الصادر من الفضولي حيث إنه باعه لنفسه ثمّ ملكه فأجازه ، ومعناه أنّي راضٍ بالمعاملة السابقة وهي بيعه لنفسه ، فالاجازة مطابقة للعقد . هذا كلّه بالنسبة إلى الوجه الأوّل ممّا استدلّ به التستري للمنع .

الوجه الثاني : أنه يشترط في صحّة البيع أُمور ثلاثة : الملك ، ورضا المالك والقدرة على التسليم ، ونلتزم بتحقّق هذه الشروط في المالك في بيع الفضولي له ، لأنّ البائع الحقيقي هو المالك دون العاقد كما هو ظاهر ، وأمّا في المقام فلا تتحقّق هذه الشروط للمالك حين العقد ، وذلك لأنّ المالك قد خرج عن قابلية الاجازة للعقد بالموت في بيع الوارث أو بالبيع للعاقد في غيره ، وإنّما تعتبر إجازة العاقد بعد ما صار مالكاً للمال دون المالك حال العقد ، فمن اعتبر رضاه في المسألة ليس بمالك حال العقد ، والمالك حال العقد لا يعتبر رضاه ، هذا .

وقد حلّله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] إلى وجهين : أحدهما عدم الرضا ممّن يعتبر رضاه ، وثانيهما عدم القدرة على التسليم . وأجاب عن الأوّل بأنّ المعتبر من الرضا إنّما هو رضا المالك حال الرضا لا رضا المالك حال العقد ، لأنّ الدليل على اشتراط الرضا في المعاملات هو قوله تعالى : ﴿**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾[2] وقوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه »[3] ومقتضاهما اعتبار الرضا من المالك حال الرضا لا أزيد من ذلك .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٣٧ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

وأجاب عن الثاني بأنّ القدرة على التسليم وإن كانت معتبرة في حقّ المالك حين العقد ولا يكتفى بحصول القدرة في المالك حال الاجازة ، إلّا أنه كلام آخر لا ربط له بالمقام .

توضيح ذلك : أنّ مقتضى الدليلين اعتبار الرضا من المالك بالبيع ، والمعاملة والبيع إنّما يتحقّقان عند الاستناد والاجازة ، فالمعتبر من رضا المالك رضا المالك حال الاجازة والمفروض أنّ المالك حالها راضٍ بالمعاملة كما لا يخفى ، وأمّا القدرة على التسليم فهي وإن كانت معتبرة حين المعاملة حيث إنّ الكلام في البيع التام من حيث الأجزاء والشرائط ومع عدم قدرة المالك على التسليم حين المعاملة لا تكون تامّة من حيث الشرائط فلا محالة تقع باطلة ، إلّا أنّ المفروض قدرته على تسليم المبيع حينئذ ، فلو لم يقدر على التسليم حين المعاملة وكانت المعاملة باطلة من هذه الجهة فهو أمر آخر لا ربط له بالمقام ، لأنّ الكلام في صحّة البيع الصادر عن الفضولي فيما إذا ملكه ثمّ أجاز ، وبطلانه من أجل عدم القدرة على التسليم أمر آخر وذلك ظاهر ، هذا ملخّص ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام .

ولا يخفى أنّ اعتبار القدرة على التسليم (دون نفس التسليم الخارجي فإنه من الشروط الضمنية) إمّا من جهة الاجماع المدّعى على اعتبارها ، وإمّا من جهة النهي عن الغرر حيث إنّ المعاملة مع عدم قدرته على التسليم خطرية لاحتمال أن لا يقدر عليه أبداً كبيع الطير في الهواء أو السمك في الماء ، وشيء منهما لا يقتضي اعتبار القدرة في المالك حال المعاملة والانشاء . أمّا الاجماع فلأنه إنّما انعقد على اعتبار القدرة في المتعاملين والمتعاقدين ، والمعاملة والمعاقدة إنّما تتحقّق في المالك بالاجازة والاستناد لا بمجرد إنشاء البيع على ماله فضولاً ، فمقتضى الاجماع اعتبارها في المالك حال الاجازة لا العقد . وأمّا النهي عن بيع الغرر فلأنّ الخطر والغرر إنّما يتوجّه إليه بعد تحقّق حقيقة البيع بالاجازة وأمّا قبلها فلا خطر يتوجّه إلى شخص

فلابدّ من قدرته على التسليم حين الاجازة لئلّا يتوجّه الخطر إلى صاحبه .

وكيف كان ، فما أفاده شيخنا الأنصاري من اعتبار القدرة على التسليم حال العقد ممّا لا وجه له ، بل المعتبر هو القدرة عليه حال الاجازة وهي متحقّقة في المقام من دون فرق بين كون المالك حال الاجازة هو المالك حال العقد وكونه شخصاً آخر ، وصل إليه المال بالارث أو البيع .

عدول واستدراك

قد ذكرنا أنّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحّة البيع في من باع شيئاً ثمّ ملكه فأجاز كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وجماعة ، وخالفهم في ذلك الشيخ أسد الله التستري وتابعوه فذهبوا إلى البطلان ، واستدلّ عليه التستري بأنه غير قاصد للمعاوضة الحقيقية بل إنّما تكلّم بلفظ البيع مجازاً أو غلطاً .

وقد أُجيب عن هذا الإشكال في بيع الغاصب لنفسه بوجهين وذكرنا أنّ الوجه الثاني من الوجهين المذكورين هناك يأتي في المقام دون الوجه الأول .

ولكن الانصاف أنّ هذا الإشكال في المقام ممّا لا مدفع له أبداً وأنّ شيئاً من الوجهين لا يأتي في المقام ، وتوضيح ذلك : أنّ الغاصب إنّما قصد المعاوضة الحقيقية من أجل ما طبقه على نفسه غلطاً وادّعاء بأنه المالك للمال ، وقد قصد خروج المال من ملكه إلى ملك المشتري ودخول الثمن من ملكه إلى نفسه ، فهذه معاوضة حقيقية غاية الأمر أنه غلط في تطبيق المالك على نفسه نظير ما ادّعاه السكاكي في المجازات من أنها مستعملة في معانيها الحقيقية غاية الأمر ادّعاء وبناء ، ومن الواضح أنّ الفضولي في المقام لا يدّعي الملك أبداً ، فهذا الجواب غير جارٍ فيما نحن فيه بوجه .

وأمّا الجواب الثاني فهو أيضاً كالسابق لا يجري فيما نحن فيه ، وذلك لأنّ البيع لنفسه على قسمين :

فتارةً يبيع الوارث فعلاً ما سيملكه بعد موت مورّثه على نحو الواجب المشروط بأن يكون الانشاء فعلياً والمنشأ أمراً استقبالياً ، وفي مثل ذلك لا إشكال في أنه قصد المعاوضة الحقيقية في ظرف الموت إلّا أنه باطل من أجل التعليق حيث إنه باعه معلّقاً على تقدير الموت والملك ، وهذا داخل تحت معقد إجماعهم على أنّ التعليق مبطل في العقود وإن قلنا بعدم بطلانه فيما إذا علّقه على ملكه فعلاً كما إذا قال : بعتك إن كان ملكي لأنه تعليق على ما يتوقّف عليه صحّة العقد فعلاً وهذا بخلاف التعليق على الملكية المتأخّرة .

وأُخرى يبيع المال فعلاً قبل موت المورّث أو قبل اشترائه على أن يكون الثمن راجعاً إليه وإن كان المثمن للغير ، وفي مثل ذلك كيف تتحقّق المعاوضة الحقيقية من الفضولي لأنه هبتان مجّانيتان وليس من المعاملة والمعاوضة في شيء . وأمّا ما ذكرناه سابقاً من أنّ المعاملة غير متقوّمة إلّا بالمبادلة ، فيندفع بأنّ المبادلة لا تتحقّق في مفروض الكلام كيف والمثمن ليس ملكاً لمن يرجع إليه الثمن فكيف تتحقّق المعاوضة حتّى نقول إنّ البيع متحقّق وقصد البائع رجوع الثمن إليه لغو ، نعم إنّما يصحّ ذلك فيما إذا كان البائع قاصداً لدخول الثمن في ملك المالك لا في ملك نفسه واتّفق أنه صار مالكاً للمال بعد المبادلة أو صار المالك شخصاً آخر كالوارث بعد موت المورّث ، وفي مثله يقال إنّ خصوصية المالكين ملغاة بعد تحقّق المبادلة والمعاوضة ، وذلك لأنّ المبادلة قد تحقّقت بالبيع حيث إنّه قصد رجوع الثمن إلى من خرج منه المثمن غاية الأمر أنّ المالك انطبق على شخص آخر ، وهذا لا يضرّ بالمعاملة نظير ما إذا باعه باعتقاد أنه ملكه أو بادّعاء أنه ملكه كما في الغاصب ثمّ ظهر أنه للغير فيتوقّف على إجازته لا أنه يبطل لعدم تحقّق المبادلة ، بل نظير ذلك في الفقه أيضاً متحقّق كما إذا وقف داراً على طبيعي العالم ثمّ صار الواقف عالماً فإنه يتصرّف في الدار وليس ذلك من الوقف على النفس في شيء .

فالمتحصّل : أنّ هذا الإيراد ممّا لا جواب له أبداً .

الوجه الثالث من وجوه المنع : أنّ الاجازة على الأصح عندنا وعند التستري كاشفة عن الملكية حال العقد ، ولازمه أن يكون المال ملكاً للمشتري الأصيل من حين المعاملة مع أنّ الفرض عدم كون البائع مالكاً للمبيع حين العقد وإنّما ملكه بعد المعاملة بزمان ، وعليه فيلزم خروج المال عن ملكه قبل الدخول فيه وهو مستحيل ، لأنّ الخروج فرع الدخول وما لم يدخل في ملكه كيف يعقل خروجه عنه وهذا يكشف عن أنّ المعاملة باطلة .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بأنّ الكشف إنّما هو في مقابل النقل لا بمعنى الكشف عن الملكية حال العقد ، وهذا إنّما يتحقّق في المورد القابل وهو يختلف باختلاف المقامات ، ففيما إذا كان العقد مستجمعاً للشرائط والقيود ولم يكن هناك شيء يتوقّف عليه صحّة العقد إلّا الاجازة فهي تكشف عن الملكية من حين العقد لقابلية المورد للملك حينئذ ، وأمّا إذا لم يكن تامّاً بحسب الأجزاء أو الشروط فتحقّقت بعد العقد بيوم فتكشف عن الملكية في اليوم القابل لا محالة كما في المقام حيث إنّ البائع لم يكن مالكاً للمال حال العقد حتّى تكشف الاجازة عن الملكية حال العقد وإنّما صار ملكه بعد العقد بزمان ، فالاجازة إنّما تكشف عن الملكية في اليوم القابل كما هو ظاهر ، فالخروج عن ملكه إنّما يتحقّق بعد الدخول في ملكه فلا يرد عليه المحذور المتقدّم بوجه .

ثمّ ذكر أنّ المقام لا يقاس بما تقدّم من أنّ المالك إذا خصّ الاجازة بزمان متأخّر عن العقد بأن أجاز العقد من حين الاجازة أو غيره دون وقت العقد والمعاملة ، تبطل الاجازة لا محالة لمخالفتها العقد الواقع من الفضولي والأصيل حيث

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٣٨ .

إنّهما عقدا على أن يكون الملك من حين العقد لا من زمان الاجازة أو غيرها ، فما وقع لم تتعلّق به الاجازة وما تعلّقت الاجازة به لم يقع في الخارج حسب الفرض وذلك لأنّ البطلان في تلك المسألة من جهة أنّ المورد كان قابلاً للملكية من أوّل الأمر ومع ذلك لم يجزها المجيز من زمان القابل وأجازها في غيره من الأزمنة كزمان الاجازة ونحوه من دون أن يكون للاجازة من أوّل الأمر مانع عقلي أو شرعي .

وهذا بخلاف المقام لأنه إنّما خصّ الاجازة بزمان آخر دون زمان العقد من أجل المحذور السابق أعني عدم كونه ملكه ، فلا محالة تكشف عن الملكية من ذلك الزمان لا من حين العقد للمانع المذكور .

وبعد ذلك ذكر (قدّس سرّه) أنّ البطلان في المسألة إمّا يكون من أجل فقد المقتضي أو من جهة وجود المانع ، والمقتضي للصحّة في المقام موجود وهو العمومات والاطلاقات ، والمانع عن تأثيره مفقود لما عرفت من أنّ الاجازة تكشف عن الملكية في المورد القابل لا من حين العقد حتّى يقال إنه يستلزم الخروج عن ملكه قبل الدخول وهو يمنع عن شمول العمومات له ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولا يخفى أنّ المانع عن صحّة المعاملة في المسألة المتقدّمة وهي ما إذا خصّ الاجازة بزمان متأخّر عن العقد مع قابلية المورد للملكية حال العقد بعينه متحقّق في المقام ، فإنّ الوجه في بطلانها في المسألة المتقدّمة إنّما هو عدم مطابقة الاجازة لما أوقعه الفضولي ، فكان الواقع غير المجاز والمجاز غير الواقع سابقاً ، وهذا بعينه جارٍ في المقام كما هو ظاهر ، لأنّ الأصيل إنّما اشتراه على أن يكون ملكه من زمان العقد والاجازة من المالك إنّما تعلّقت بالملكية من حين الارث أو الشراء لعدم صحّتها قبلها ، لاستلزامه الخروج قبل الدخول فالواقع غير المجاز والمجاز غير الواقع حسب الفرض ، فالصحيح أنّ هذه المناقشة كالمناقشة المتقدّمة غير قابلة للجواب .

ثمّ إنّه ربما يستدلّ على البطلان ـ والمستدلّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] تأييداً لما ذكره التستري (قدّس سرّه) ـ بأنّ الردّ على ما ذكرناه سابقاً يرفع العقد الصادر عن الفضولي ويلغيه عن قابلية لحوق الاجازة لعموم « الناس مسلّطون على أموالهم »[٢]، كما ذكرنا أنّ الرد يتحقّق بالفعل والقول ولا يختصّ بالثاني فقط، فلذا قلنا إنّ الأمة المزوّجة فضولاً إذا زوّجها سيّدها من شخص آخر يكون ذلك ردّاً للعقد الفضولي السابق، وعليه فبما أنّ المالك الأول الذي وقع العقد على ملكه فضولاً باعه من الفضولي فهو قد ألغى العقد الواقع عن التأثير فلا تصحّحه الاجازة المتأخّرة، فلا محالة تقع المعاملة باطلة، هذا.

وفيه: أنّا لو سلّمنا أنّ الرد يلغي العقد السابق عن قابلية الاجازة فإنّما نلتزم بذلك في ردّ المالك للعقد الواقع على ملكه، وأمّا أنّ هذا الردّ يمنع عن الاجازة في ملك شخص آخر فلا، لأنّ الحديث إنّما دلّ على أنّ « الناس مسلّطون على أموالهم » لا على أموال غيرهم، فردّ المالك الأول في المسألة كيف يلغي إجازة المالك الثاني للعقد الواقع على ملكه، لأنّ الكلام في إجازة الفضولي بعد الملك لا إجازة المالك الأول فلا تغفل، هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّ الدليل أخصّ من المدّعى، لأنّ الردّ لو تحقّق بالفعل فإنّما يتحقّق بمثل البيع والهبة ونحوهما، وأمّا انتقال الملك من مورّثه إليه فهذا كيف يكون ردّاً من المورّث للعقد الصادر عن الوارث، والكلام في مطلق صيرورة الفضولي مالكاً للمال، كان الانتقال بالبيع أو كان بالارث، وما أفاده لا يتم في الارث أبداً. والعجب أنه (قدّس سرّه) التزم في صورة الارث بأنّ الاجازة من الوارث تكشف عن

---

(١) منية الطالب ٢: ١١٧.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨ ح٤٩، بحار الأنوار ٢: ٢٧٢.

الملكية من حال العقد في حياة المورّث بدعوى أنّ الوارث هو المورّث في قيامه مقامه في الأموال فكأنّ العقد قد صدر من المورّث بنفسه ، وهذا كما ترى ممّا لا يمكن الالتزام به .

الوجه الرابع : أنّ صحّة البيع في من باع شيئاً ثمّ ملكه فأجاز يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد ، وذلك لأنّ الاجازة تكشف عن ملكية المشتري الأصيل للمال حين المعاملة ، والمفروض أنّ المال في ذلك الوقت ملك للمالك الأول فلذا صحّ انتقاله منه إلى البائع بالبيع والارث ، وصحّت إجازته للعقد وإلّا لم يكن شراؤه من المالك أو انتقاله إليه صحيحاً ، ولم تكن إجازة البائع نافذة لعدم انتقال المال إليه ولازم ذلك أن يكون الملك الواحد مملوكاً للمالكين المشتري والمالك الأول .

بل يمكن أن يقال : إنّ ملك المشتري للمال حال العقد يستلزم عدم كون المالك الأول مالكاً له حينئذ (لاستحالة كونه ملكاً لهما) وذلك يوجب عدم انتقاله إلى البائع بنقل المالك الأول ، لأنّ المفروض أنه ليس مالكاً للمال وكيف ينتقل المال منه إلى البائع ، وهذا يستلزم عدم صحّة إجازة البائع للبيع الواقع سابقاً ، وذلك يستلزم عدم ملك المشتري للمال حال العقد ، وما يلزم من وجوده عدمه محال ، فملك المشتري للمال مستحيل والمعاملة باطلة ، هذا .

ولا يخفى أنّ الإشكال المزبور يبتني على الكشف من حين المعاملة ، وقد عرفت أنّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية من حين قابلية المورد ، وعليه فلا يلزم شيء من الايرادين في المقام ، لأنّ المفروض أنّ المشتري إنّما ملكه بعد صيرورة البائع مالكاً للمال بالإرث أو البيع لا من الابتداء حتّى يقال إنه يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد أو يلزم من ملك المشتري عدمه .

نعم يبقى إشكال عام وارد في جميع المعاملات الفضولية بناء على الكشف من حين المعاملة أو من حين قابلية المورد كما فيما نحن فيه : وهو أنّ الاجازة تكشف عن

ملكية المشتري للمال من حين العقد أو من حين قابلية المورد ، ولازم ذلك أن لا يكون المال ملكاً للمجيز حال الاجازة ، ومعه كيف تؤثّر إجازته في تملّك المشتري من حين العقد أو من حين قابلية المورد ، ولازم صحّة إجازته أن يكون المال ملك المجيز والمشتري في حال الاجازة .

وقد أجاب عن ذلك الشيخ أسد الله التستري[١] بأنّ المالكية الصورية الحاصلة بالاستصحاب للمجيز كافية في صحّة الاجازة وإن لم يكن مالكاً واقعياً لأنّ الاجازة رفع لليد وإسقاط للحقّ وفيه يكفي الملك الصوري ، وهذا بخلاف العقد الثاني في المقام حيث إنه يحتاج إلى الملك الواقعي لأنه عقد وصحّة العقد تتوقّف على الملك واقعاً .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] بايرادات متينة وملخّصها : أنّ الملك الصوري الاستصحابي لا يكفي في الاجازة فلذا لو فرضنا أنّ الفضولي باع مال أحد من زيد وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثمّ أجاز المالك البيع الفضولي باستصحاب ملكه وبعد ذلك ظهر أنه لم يكن مالكاً للمال حال الاجازة لأنّ الوكيل باعه من شخص آخر ، فلا يمكن الالتزام بصحّة الاجازة حينئذ مع أنّ الملك الصوري متحقّق في المثال ، ومنه يظهر أنّ الاجازة متوقّفة على الملك الواقعي ولا يكفي فيها الملك الاستصحابي ، نعم يكفي ذلك في ظرف الشكّ فقط لا بعد انكشاف الخلاف كما هو ظاهر .

ثمّ إنّه لم يعلم الفرق بين الاجازة والعقد الثاني حيث إنّ الاجازة ليست رفعاً لليد وإسقاطاً للحقّ ، بل هي ممّا تصحّح الاستناد وكأنّه باع ماله حين الاجازة

---

(١) مقابس الأنوار : ١٣٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٤٢ .

ومن الظاهر أنّ البيع يتوقّف على الملك الواقعي ولا يكفي فيه الملك بالاستصحاب لأنّه من الشرائط الواقعية لا العلمية حتّى يقال إنّه يكفي فيه الاستصحاب ، هذا ولو سلّمنا أنّ الاجازة إسقاط للحقّ أيضاً لا يمكن المساعدة على كفاية الملك الظاهري إذ لا يعقل إسقاط الحقّ مع انتفاء الحقّ قبل الاسقاط كما هو المفروض بناء على القول بالكشف حيث إنّ الاجازة تكشف عن ملكية المشتري من حين المعاملة فالمجيز غير مالك حال الاجازة .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّ هذا الإشكال في المعاملات الفضولية إنّما يبتني على الكشف الحقيقي ، وأمّا بناء على ما سلكناه من الكشف الحكمي فلا يجتمع المالكان على مال واحد ، لأنّ المشتري إنّما ينزل منزلة المالك في ترتّب الآثار فقط ، لا أنه يكشف عن الملك الحقيقي ليرد الإشكال وأنّ المال الواحد كيف يجتمع فيه مالكان بل المشتري مالك تنزيلي أو مجازي فيرتفع الإشكال عن الفضولي بحذافيره ، كما أنه لا يأتي على ما ذكرناه في معنى الكشف حيث إنّ زمان الاعتبارين متعدّد . هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام وظاهره الالتزام بالإشكال على القول بالكشف الحقيقي .

وأمّا شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) فقد ذكر أنه لا مانع من اجتماع المالكين على ملك واحد ، لأنّ المستحيل إنّما هو اجتماع المالكين العرضيين ، وأمّا إذا كان أحدهما في طول الآخر فلا ، وقد وقع نظير ذلك في الشريعة المقدّسة حيث إنّ ظاهر المشهور والعمومات والاطلاقات أنّ العبد يملك ماله كما إذا وجد شيئاً باللقطة أو حاز شيئاً من المباحات فإنّه ملك العبد حينئذ مع أنّ الملك والعبد كلاهما مملوكان لسيّده ، بل وهذا متحقّق في المالكية الحقيقية والواجدية الواقعية حيث إنه تعالى

---

(١) منية الطالب ٢ : ١١٩ .

مالك للملّاك وأملاكهم وأموالهم ، وعليه فلا مانع في المقام من الالتزام باجتماع مالكين طوليين على مال واحد ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) في العبد متين ، لأنّ السيد مالك للعبد وبتبعه يملك ملك العبد أيضاً ، وأمّا في المقام فلا نتصوّر له معنى صحيحاً ، لأنّ المالك لا يملك المشتري ليملك ما ملكه بتبعه ليكون ملك أحدهما في طول ملك الآخر ، وليس في المقام إلّا تبعية المعلول لعلّته حيث إنّ ملك المشتري معلول لاجازة المالك وبيعه ، إلّا أنّ كل واحد منهما مالك للمال بالاستقلال .

والصحيح أن يقال : إنه بناء على الكشف الحقيقي لا مانع من الالتزام بكفاية الاجازة عن من يخرج عن المالكية بنفس الاجازة ، أي الاجازة معتبرة عن من هو المالك لولا الاجازة ، بأن تكون الاجازة فعلاً بيعاً للمال من السابق ، وهذا أمر ممكن في حدّ نفسه ، نعم يحتاج إلى دليل في مقام الوقوع فإنّا ذكرنا سابقاً أنه لا مانع من بيع المالك فعلاً شيئاً من أملاكه منذ اسبوع بأن يكون البيع فعلياً والملكية من السابق فيما إذا وافقه دليل شرعي ، فيكون بيع المالك الذي يخرج عن كونه مالكاً بنفس البيع صحيحاً وممكناً في حدّ نفسه ، فيتملّك المشتري المال من قبل اسبوع ولا بأس بالالتزام بذلك ، نعم لابدّ من تتبّع الأدلّة ليرى أنّها توافق هذا الممكن أم لا .

الوجه الخامس : أنّ الاجازة كما عرفت تكشف عن الملكية من حين المعاملة وأنّ المشتري مالك له من الابتداء ، وحينئذ فبيع المالك للمال من البائع الفضولي معاملة فضولية قد وقعت على ملك المشتري فتتوقّف صحّتها على إجازته لأنه كالبيع الصادر من شخص أجنبي حيث إنّ صحّته تتوقّف على إجازة المالك الواقعي وهو المشتري ، وعليه يلزم أن تتوقّف إجازة كل من البائع الفضولي بعد صيرورته مالكاً والمشتري على إجازة الآخر ، أمّا إجازة المشتري فلأنّها تتوقّف على ملكه للمال وهو يتوقّف على إجازة المالك للبيع حتّى يملكه المشتري

والمفروض أنّ شراء البائع الفضولي وإجازته يتوقّف على إجازة المشتري لأنه ملكه، فيتوقّف شراء البائع الفضولي وإجازته على إجازة المشتري وإجازة المشتري تتوقّف على شراء الفضولي وإجازته، وهذا من الأعاجيب، بل لازم ذلك اجتماع العوض والمعوّض في ملك المشتري، لأنه إذا اشتراه بعشرين ديناراً من الفضولي فأجازه بعد ملكه فتكشف الاجازة عن ملك المشتري من الابتداء، وبعد ذلك إذا باعه المالك الأول من الفضولي بعشرين ديناراً مثلاً فقد وقع ذلك على ملك المشتري فضولاً فيرجع الثمن إلى المشتري لأنه المالك بحسب الفرض، فيملك المشتري العين والثمن في البيع الثاني، فتقع المعاملة الأُولى للمشتري بلا ثمن، بل إذا باعه المالك الأول من الفضولي بثلاثين ديناراً مثلاً يربح المشتري تلك الزيادة مضافاً إلى ملكه للثمن والمثمن، نعم لو باعه بأقل ممّا اشتراه به المشتري من الفضولي كثمانية عشر ديناراً يقع المثمن في مقابل دينارين في المثال.

وأجاب شيخنا الأنصاري[1] عن ذلك: بأنّ هذا الإشكال كسابقه مبنيّ على الكشف من حين المعاملة، وقد عرفت أنّ الصحيح هو الكشف من الزمان القابل وهو يختلف باختلاف الموارد، ثمّ ذكر أنّ منشأ هذه الإشكالات شيء واحد وقد نبّه عليه في الإيضاح وجامع المقاصد وما جمعه التستري يرجع إليه.

الوجه السادس: أنّ الردّ الفعلي كافٍ في بطلان العقد الفضولي، والمالك ببيعه المال قد ردّ العقد فلا يبقى هناك مورد للاجازة من البائع بعد ذلك.

وهذا الإشكال قد تقدّم سابقاً وعرفت أنّ الفعل لا يكون ردّاً مانعاً عن إجازة المالك الآخر، وإنّما يمنع عن إجازة الرادّ فقط وأمّا إجازة الآخر بعد انتقال المال إليه فلا. مضافاً إلى أنّ البيع لا يكون ردّاً مبطلاً للعقد السابق بل إنّما هو معدم لموضوع

(١) المكاسب ٣: ٤٤٣.

الاجازة بالنسبة إلى ملك البائع ، فلا مانع من صحّة الاجازة ممّن انتقل إليه الموضوع بالبيع والارث أبداً فراجع .

الوجه السابع : الأخبار الواردة في النهي عمّا ليس عنده وما لا يملكه ، وهي على طوائف ثلاث :

إحداها : ما ورد في المنع عن بيع الكلّي وظاهرة في النهي عنه كصحيحة معاوية بن عمّار قال : « سألت أبا عبد (الله (عليه السلام)) يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندي منه شيء » الخ[1] حيث إنّها ظاهرة في عدم خصوصية المبيع بل إنّما يشتري منه الحرير على وجه كلّي .

وثانيتها : ظاهرة في المنع عن بيع الأعيان الخارجية فيما إذا لم يملكها كروايتي ابني الحجّاج يحيى وخالد[2] حيث إنّهما واردتان في بيع الثوب الشخصي أو الدابة المعيّنة .

وثالثتها : مطلقة بالنسبة إلى الكلّي والشخصي وشاملة لهما معاً كقوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا تبع ما ليس عندك »[3].

ولا يبعد أن تكون صحيحتا ابن مسلم ومنصور بن حازم[4] المشتملتان على لفظ المتاع من قبيل الطائفة الثانية ، إذ المراد بالمتاع الذي يرجع إليه ضمير « يشتريه » لا يصحّ أن يكون معنى كلّياً ، لأنّ الكلّي والنكرة غير المعيّنة غير قابل للاشتراء . وكيف كان فهذه الأخبار ممّا لا إشكال في سندها .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٢ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح١٣ ، والصفحة ٥٠ ح٤ من نفس الباب .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ ، ٥ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٦ ، ٨ .

وأمّا دلالتها ، فالطائفة الأُولى الواردة في المنع عن بيع الكلّي لابدّ من أن تحمل على الكراهة أو التقية لصراحة غير واحد من الأخبار والروايات[(١)] في جواز بيع الكلّي ، وبها نرفع اليد عن ظهورها بحملها على الكراهة أو التقية ، لأنّ العامّة[(٢)] قائلون بفساده فلذا نقض عليهم الإمام (عليه السلام) في بعض الأخبار[(٣)] ببيع السلم حيث إنّهم يجوّزونه مع عدم كون المال عنده .

وأمّا المطلقات والعمومات أعني الطائفة الثالثة فلا وجه لرفع اليد عنها وحملها على الكراهة أو التقية ، بل غاية ما هناك نقيّدها بخصوص بيع الأعيان الشخصية لأجل ما ورد في صحة بيع الكلّي من الروايات والأخبار ويبقى عمومها وإطلاقها بالنسبة إلى بيع الأعيان الخارجية على حاله ومقتضاها كمقتضى الطائفة الثانية عدم جواز بيع العين الشخصية قبل تملّكها ، وبعد ما أثبتنا في محلّه من أنّ النهي في المعاملات ظاهر في الارشاد إلى الفساد فلا يبقى للإشكال في دلالتها على بطلان البيع قبل الملك مجال .

والإنصاف أنه لا ينبغي الترديد في دلالتها ولا في سندها على بطلان البيع في المقام . نعم يبقى هناك شيء وهو أنّ الأخبار تقتضي بطلان البيع في الصورة المذكورة على نحو الاطلاق ، أو أنّ البطلان يختصّ بما إذا لم يجزه المالك بعد تملّكه ؟ وبعبارة أُخرى : بطلان البيع إنّما هو فيما إذا كان على نحو التنجيز ، وأمّا معلّقاً على إجازة المالك فلا .

ولكن الصحيح أنّ الأخبار في النهي عن بيع ما ليس عندك مطلقة تشمل

---

(١) منها ما ورد في الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح١ وغيره .

(٢) المغني ٤ : ٢٩٧ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح١ و٣ .

صورتي التعليق والتنجيز وإجازة المالك وعدمها ، وعليه فلابدّ من الالتزام بفساد البيع قبل الشراء ، بل مقتضى هذه الأخبار أنّ المعاملة غير لازمة باللزوم المعاملي من أحد الطرفين أبداً ، وكأنّ المعاملة لم تكن ، ويدلّ على ذلك قوله « ولا تواجبها » الخ وقوله « أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك » .

وكيف كان ، فلا إشكال في أنّ مقتضى الروايات المتقدّمة اشتراط الملك في صحّة البيع والمعاملات ، ويؤكّد ذلك ويؤيّده : ما ورد[١] في تزويج العبد من دون إذن سيّده ثمّ أعتقه سيّده وسئل الإمام عن حكم تزويجه فقال (عليه السلام) علم السيّد أنّك تزوّجت ، فأجاب نعم قد علم وسكت ، فقال (عليه السلام) ذلك إقرار منه أنت على نكاحك ، حيث لم يكتف (عليه السلام) في صحّة النكاح باجازة الزوج بعد ما صار حرّاً ، بل سأله عن إجازة السيّد حال العقد ، لأنه نظير من باع شيئاً ثمّ ملكه فأجاز ، والإمام (عليه السلام) حكم بلزوم إجازة المالك قبل ملك البائع له .

فإن قلت : إنّ لازم اشتراط الملك في صحّة المعاملات بطلان البيع الفضولي رأساً .

قلت : قد تقدّم أنّ المعاملة إنّما تتحقّق باجازة المالك في الفضولي ، وقبلها لا عقد ولا بيع ، وحين الاستناد تشمله العمومات لوجود الملك كما هو المفروض وهذه الأخبار إنّما دلّت على بطلان المعاملة للمخاطب والعاقد غير المالك ، وأمّا بطلانها بالاضافة إلى غيره فيما إذا كان مالكاً فلا ، فلا دلالة فيها على بطلان المعاملة بالاضافة إلى المالك في الفضولي ، بخلاف العاقد في المقام حيث إنه مشمول للنهي في الأخبار فلا تقع المعاملة بالاضافة إليه صحيحة كما هو ظاهر .

كما أنّ هذه الأخبار لا تشمل بيع الغاصب ولو لنفسه ، لأنّها إنّما تمنع عن

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٨ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٦ ح٣ وغيره .

صحّته بالاضافة إلى غير المالك ، والغاصب يبيعه بعنوان أنه مالك ، فالشرط حاصل في الغاصب ولو ادّعاء فلا وجه لبطلان المعاملة فيه .

فالمتحصّل : أنّ بيع ما هو خارج عن ملك البائع باطل لأجل الروايات المتقدّمة ، وإطلاقها يشمل كلتا حالتي الاجازة بعد الملك وعدمها ، هذا كلّه فيما إذا باعه على نحو التنجيز .

وأمّا إذا باعه معلّقاً على اشترائه المال بعد ذلك ، أو باعه منجّزاً ولكن علّق اللزوم على إجازته بعد الاشتراء فهل تشمله الأخبار المتقدّمة وتكون المعاملة باطلة أو لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ المتيقّن من الأخبار هو صورة التنجيز دون ما إذا علّقه على شرائه أو على إجازته ، فلا مانع من الالتزام بالصحّة فيهما ، كما أنّ ما استدلّ به العلّامة (قدّس سرّه) على بطلان بيع ما ليس عنده من كونه غررياً وعدم قدرة البائع على تسليمه إنّما يجري في صورة التنجيز لأنه غرري ولا يقدر على تسليم المبيع ، هذا .

ولا يخفى أنّ صورة التنجيز وإن كانت متيقّنة إلّا أنّ كونها كذلك لا يمنع عن التمسّك باطلاق الروايات ، وهو يقتضي الحكم بالفساد والبطلان مطلقاً سواء باعه على نحو التنجيز أم على نحو تعليق البيع بالشراء أو تعليق اللزوم بالاجازة بعد اشترائه ولعلّه ظاهر ، وعليه فهذه الأخبار تقتضي اشتراط الملك في صحّة المعاملة مطلقاً وكذا في صحّة الاشتراء ، وما تقدّم من دليلي العلّامة وإن كانا لا يجريان في صورة التعليق إلّا أنّ البطلان ليس مستنداً إليهما بل إلى ما ذكرناه ، هذا كلّه فيما إذا باعه لنفسه .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٥٤ .

المسألة الثانية

ما إذا باعه للغير إلّا أنه صار ملكه بعد ذلك بالارث أو الشراء أو بالهبة ونحوها، فله صورتان الأُولى: أن يبيعه للمالك. الثانية أن يبيعه للأجنبي معتقداً أنه المالك. أمّا الصورة الأُولى، فهل تصحّ المعاملة فيها باجازته بعد الملك أم لا؟ ذكر شيخنا الأنصاري[1] أنّ هذه الصورة خارجة عن أخبار لا تبع ما ليس عندك، لأنه باعه للمالك لا لنفسه، فلا مانع من صحّتها فيما إذا أجازها بعد الانتقال إليه، هذا.

ولا يخفى أنه لا إشكال في عدم صحّتها بدون الاجازة بعد الانتقال، وأمّا إذا أجازها فقد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري ذهب إلى صحّتها وذكر أنه نظير بيع الغاصب لنفسه فيما إذا أجازه المالك حيث إنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين من دون خصوصية المالكين والأشخاص، والمقام نظير ذلك وعكسه حيث إنه باعه للمالك فأجازه بنفسه، هذا.

ولا يخفى أنّ أخبار لا تبع ما ليس عندك وإن لم يشمل المقام لأنه لم يبع شيئاً لنفسه، إلّا أنّ النهي عن الاشتراء إلّا من المالك كما ورد في بعض هذه الأخبار حيث قال (عليه السلام) في صحيحة ابن مسلم «ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»[2] يقتضي عدم صحّة الشراء من غير المالك للمال، وفي المقام إنّما اشترى المشتري المال قبل انتقال المال إلى البائع فهو شراء من غير مالك المال فيبطل، فهذه الصورة لا تقاس ببيع الغاصب حيث إنه يدّعي الملك ويرى نفسه مالكاً للمال فشراء المشتري من مثله ممّا لا مانع عنه، وهذا بخلاف المقام لما عرفت من شمول النهي عن اشتراء شيء من غير مالكه، هذا.

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٥٦.

(٢) الوسائل ١٨ : ٥١ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٨.

مضافاً إلى أنّ المعاملة في حدّ نفسها باطلة في المقام من دون حاجة إلى الأخبار ، وذلك لأنّ المعاملة ليست إلّا تبديل طرفي الاضافة ، وهذه المبادلة إنّما أوقعها الفضولي للمالك بحسب الفرض ، والمالك لم يجزها كما هو المفروض وإنّما أجازها الفضولي بعد انتقال المال إليه ، وهذه الاجازة بلا ثمرة إذ لا فائدة في إجازة المبادلة الواقعة على ملك الآخر ، لأنّ المبادلة السابقة إنّما وقعت على ملك المالك فاجازتها بلا فائدة ، ولم تقع مبادلة أُخرى على ملك الفضولي حتّى يجزها ، فما وقع غير قابل للاجازة والقابل للاجازة غير واقع فتبطل المعاملة لا محالة من دون حاجة في بطلانها إلى الأخبار ، وهذا بخلاف بيع الغاصب فإنه إنّما بدّل الاضافة للمالك بدعوى أنه هو والمالك إنّما أجاز المبادلة الواقعة للمالك فيتطابقان ، لما عرفت من أنّ دعواه أنه المالك كذب والمبادلة إنّما وقعت بعنوان المالك فإذا لحقتها الاجازة فلا يبقى للإشكال في صحّتها مجال وذلك ظاهر .

ومن ذلك يظهر الحال في الصورة الثانية وهي ما لو باعه للأجنبي لا لنفسه ولا للمالك باعتقاد أنّ الأجنبي مالك ثمّ انتقل المال إليه فأجازه ، والوجه في الظهور أنّ المعاملة في المثال باطلة ، لا لأجل النهي عن بيع ما ليس عندك ، لأنّ الأجنبي لم يبع ما ليس عنده ، بل لأجل اشتراط الاشتراء بكونه من المالك وهو إنّما اشتراه من غيره فيبطل . مضافاً إلى أنّها بنفسها باطلة ، لأنّ ما وقع من المبادلة إنّما وقع للمالك وأُضيف إليه وهذا غير قابل لاجازة البائع الفضولي ، إذ لا معنى لاجازة المبادلة الواقعة على ملك الغير ، والمفروض أنه لم تقع مبادلة أُخرى على ماله بعد الانتقال إليه ، فما أجازه غير قابل للاجازة والقابل للاجازة غير واقع وغير مجاز فيبطل .

وملخّص الدعوى أنّ مقتضى القاعدة اتّحاد المجيز والمالك حال العقد ، وأنّ المجيز لابدّ وأن يكون مالكاً للمال حال المعاملة ولا يكفي الانتقال إلى الغير بالارث أو البيع أو غيرهما أبداً .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ الوارث قائم مقام مورّثه في الماليات فإذا أجاز المعاملة فكأنّ المورّث أجازها فتكشف عن الملكية من زمان حياة المورّث ، فهو من غرائب الكلام ، إذ لم يرد دليل على ذلك التنزيل ولم يدلّ شيء على أنّ الوارث كالمورّث في جميع الأحكام ، بل إنّما ورد(٢) أنّ ما تركه الميّت فلوارثه ، وهذا يكشف عن أنّ الميّت قد تركه وزالت ملكيته عنه والوارث شخص آخر غيره كما هو ظاهر .

ثمّ إنّه إذا قلنا ببطلان بيع من باع ثمّ ملك فأجاز، ففي صورة عدم الاجازة بعد الملك يبطل بطريق أولى ولعلّه ظاهر. وأمّا إذا بنينا على صحّته مع الاجازة وأغمضنا عمّا ذكرناه سابقاً فهل يصحّ بدون الاجازة أيضاً كما نقله شيخنا الأنصاري(٣) عن بعضهم ، أو أنه بدون الاجازة باطل ؟ هناك وجهان ، والصحيح أنه يقع باطلاً في صورة عدم الاجازة ، وذلك لأنه تارة يبيع للمالك ثمّ يملكه وأُخرى يبيعه لنفسه .

فأمّا في الصورة الأُولى فلا وجه لصحّته بعد الانتقال إليه في صورة عدم الاجازة ، إذ المفروض أنه لم يبع لنفسه لتقع المعاملة له بعد الانتقال إليه وذلك ظاهر .

وأمّا في الصورة الثانية فكذلك لا وجه لصحّته بدونها أي بدون الاجازة إلّا احتمال أنّ العمومات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه يشمله بعد الانتقال إليه وإن لم يشمله من الابتداء يعني قبل تملّكه ، فلا يحتاج إلى الاجازة بعد ذلك ، إلّا أنه مندفع بأنّ العمومات لا تشمله حين المعاملة لأنه ليس بملكه ، وبعد ما صار ملكه لم يقع عليه بيع لتشمله العمومات لأنها خطابات للملّاك ، وقبل الانتقال لا ملك لتشمله

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٢٧ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ٢٦ : ٢٥١ / أبواب ولاء ضمان الجريرة ب٣ ح١٤ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٥٧ .

وبعده لا بيع حتّى نتمسّك في صحّته بالعمومات ، وبهذا ظهر ما في جواب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام ، فإنّ الدوران بين الأمرين إنّما هو فيما إذا كان هناك فرد وقد خرج عن حكم العام في زمان وبعده يقع الكلام في أنّ الفرد محكوم بحكم المخصّص بالاستصحاب أو أنه مشمول للعام وهو بحث مشهور ، وهذا غير متحقّق في المقام إذ قبل التملّك لافرد للعقد إذ لا عقد له قبل الانتقال إليه وقد عرفت أنه خطاب للملّاك دون غيرهم ، وبعد الملك لا بيع ولا عقد له لتشمله العمومات ، هذا .

ولو سلّمنا وبنينا على أنّ مقتضى العمومات صحّة البيع بعد الانتقال إليه فيكفينا في الحكم بالبطلان الأخبار المتقدّمة الدالّة على فساد البيع قبل الملك فتكون هذه الروايات مخصّصة للعمومات .

فالمتحصّل أنه لا وجه للحكم بالصحّة من دون توقّف على الاجازة بوجه .

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ من أنّ المعاملة إنّما تتوقّف على الاجازة لأجل أمرين : أحدهما الرضا . وثانيهما : الاستناد ، وكلاهما حاصلان في المقام لأنّ المفروض أنه باعه لنفسه فلا نحتاج إلى الاجازة بعد الانتقال ، من غرائب الكلام ، لأنّ المعتبر من الرضا والاستناد إنّما هو رضا المالك واستناد العقد إليه ، لا رضا غير المالك والاستناد إليه ، وهو قبل الانتقال غير مالك فلا يكفي رضاه والاستناد إليه قبل الانتقال ، وأمّا بعده فلم يحصل منه شيء من الأمرين بحسب الفرض .

نعم هناك صورة أُخرى ذكرناها في أوائل البحث وهي ما لو باعه فعلاً ما سيملكه بعد الموت في الارث أو بعد الشراء في البيع ، وهذا على نحو التعليق بأن يكون الانشاء فعلياً والملكية بعد مدّة ، والرضا والاستناد فيها صحيحان إلّا أنّها باطلة لأجل الاجماع على بطلان التعليق في العقود ، والأخبار الناهية عن الشراء

قبل أن يشتريه البائع من مالكه ، وهذه الصورة خارجة عمّا نحن فيه ، إذ الكلام فيما إذا كان البيع بحيث لو أجازه المالك صحّ ، وهذا لا يصحّ ولو باجازة المالك لاختلاله من ناحية أُخرى . هذا كلّه في المسألة الثانية .

المسألة الثالثة

ما لو باعه باعتقاد عدم جواز التصرف بالأصل أو بغيره ثمّ ظهر جواز التصرف ، وهذا يعني اعتقاد عدم جواز التصرف إمّا من جهة الاعتقاد بعدم ولايته على البيع بمعنى عدم كونه وليّاً أو وكيلاً ومأذوناً من قبل المالك ثمّ ظهر وليّاً ، وإمّا من جهة الاعتقاد بعدم كونه مالكاً ثمّ ظهر مالكاً ، وعلى كلا التقديرين تارةً يبيع للمالك وأُخرى لنفسه فالصور أربع .

الصورة الأُولى : أن يبيعه للمالك باعتقاد عدم الولاية ثمّ انكشف أنه ولي .

الظاهر أنّ البيع صحيح في هذه الصورة ولا يحتاج إلى الاجازة ونحوها أبداً ، لأنّ رضا المالك وإذنه المتقدّمين بحسب الواقع لا يقصران عن الاجازة المتأخّرة والمفروض أنّ المالك راض وقد أذن للبائع في بيع ماله غاية الأمر أنه نسيه أو لم يصل إليه ، ولا يشترط في صحّة المعاملة إلّا إذن المالك في البيع وإن لم يعلم به المأذون ، وكذا الحال فيما إذا ظهر أنه ولي للمالك فإنّ بيعه صحيح ولا يشترط فيه علم البائع بولايته ، هذا .

وقد حكي عن القاضي[1] أنه فصّل في بيع العبد فيما إذا أذن له السيّد ولم يعلم به العبد ولا غيره فبيعه باطل ، وما إذا علمه العبد أو غيره فبيعه صحيح ، إلّا أنّا لم

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٤٥٥ ـ ٤٥٦ .

نجد وجهاً لما أفاده من اعتبار الاعلام في الاذن كما استشكله في المختلف[١] واستحسنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) والمتحصّل أنّ المعاملة في هذه الصورة صدرت من أهلها ووقعت في محلّها ولا وجه فيها للبطلان أبداً.

الصورة الثانية : أن يبيعه لنفسه باعتقاد عدم جواز التصرف ثمّ ظهر أنه ولي، والظاهر أنّ البيع في هذه الصورة أيضاً صحيح، لما مرّ وعرفت من أنّ البائع قد قصد المعاوضة الحقيقية حيث أوقعه للمالك الواقعي إلّا أنه طبّق هذا العنوان على نفسه ادّعاء وتنزيلاً، فالمعاملة صحيحة وهذه الاضافة زائدة، فلذا ذكرنا في بيع الغاصب أنه إذا أجازه المالك صحّ ولا يضرّه إضافة الغاصب إلى نفسه، والمقام نظير بيع الغاصب كما عرفت، هذا.

وقد احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] بطلان المعاملة في هذه الصورة إلّا أن يجزها بعد انكشاف الحال، بدعوى أنّ البائع وإن ظهر أنه كان مأذوناً في المعاملة لأجل أنه ولي إلّا أنه مأذون في البيع للمالك لا في البيع لنفسه، فما وقع غير قابل للاذن ولم يتعلّق به أيضاً وما هو قابل له وقد تعلّق به وهو البيع للمالك غير واقع، فلذا تحتاج صحّته إلى الاجازة بعد الانكشاف، هذا.

ولا يخفى أنّ هذا القيد أعني إضافته إلى نفسه إن أُخذ مقوّماً للمعاملة والبيع فكما لا يكون ذلك قابلاً للاذن المتقدّم إذ لا معنى للاذن في بيعه لنفسه، كذلك لا يقبل الاجازة المتأخّرة إذ ما معنى الاجازة في البيع لنفسه، وقد عرفت أنّ المبادلة بنفسها تقتضي دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن، وإن كان القيد كما ذكرناه أمراً زائداً عن حقيقة المعاملة فهو كما لا يضرّ بالاجازة المتأخّرة وقابل لتعلّقها به

---

(١) المختلف ٥ : ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢) المكاسب ٣ : ٤٦٠.

فكذلك قابل للاذن المتقدّم ولتعلّقه به .

وبالجملة : أنّ هذا الاحتمال المذكور في كلام الشيخ الذي عقّبه بالأمر بالتأمّل ممّا لا وجه له والصحيح ما ذكرناه .

الصورة الثالثة : أن يبيعه للمالك ثمّ ظهر أنه مالك ، وهل تصحّ المعاملة في هذه الصورة مطلقاً بلا توقّف على الاجازة بعد الانكشاف ، أو أنّها باطلة مطلقاً ، أو أنّها تصحّ بالاجازة بعد الانكشاف ، أو أنّها صحيحة إلّا أنه على نحو الجواز دون اللزوم وله أن يفسخ بعد الانكشاف كما له أن لا يفسخ بعد ذلك ولا تحتاج إلى الاجازة المتأخّرة ؟ هناك وجوه وأقوال .

والصحيح هو الوجه الثالث كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وملخّصه : أنّ المعاملة صحيحة ومتوقّفة على الاجازة بعد انكشاف الحال .

أمّا أنّها صحيحة فلما قدّمناه سابقاً من أنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين وأمّا قصد وقوعها لنفسه أو للغير فهو أمر زائد عن حقيقتها ، والبائع بما أنه قصد المبادلة للمالك فقد نوى المعاوضة الحقيقية إلّا أنه لجهله أو لنسيانه أرجعها إلى الغير بتخيّل أنه هو المالك ، وهذا الخيال كادّعاء أنه مالك في الصورة المتقدّمة أمر زائد غير مقوّم لحقيقة المبادلة فيبقى لغواً ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا أنّها متوقّفة على الاجازة بعد الانكشاف فلما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بتوضيح منّا من أنّ العمومات والأدلّة المقتضية لصحّة المعاملات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(٢) و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾(٣) بانضمام قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٠ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »[١] منصرفة إلى بيع كل واحد واحد من المالكين وتقتضي جواز المعاملة الصادرة من المالك بعنوان أنه مالك ، وهذا المعنى مفقود في المقام لأنه وإن باع مال نفسه واقعاً إلّا أنه بعنوان أنه ملك الغير ، فلم تصدر المعاملة منه بعنوان أنه مالك فلا تصحّ المعاملة منه ولا تستند إليه بهذا العنوان بل تحتاج في استنادها إليه وصدورها منه بعنوان أنه مالك إلى الاجازة بعد الالتفات إلى أنه مالك ، ولذا ذكرنا في الفضولي أنّ المعاملة لا تستند إلى المالك بمجرد العقد الصادر من الفضولي بل تحتاج إلى إجازة المالك لتستند إليه لا محالة وتصدر منه حتّى تشمله العمومات والاطلاقات . فالمتحصّل أنّ المعاملة صحيحة ولكنّها متوقّفة على الاجازة .

وأمّا ما استدلّ به العلّامة وولده[٢] (قدّس سرّهما) على البطلان مطلقاً من الوجوه الثلاثة فلا يمكن المساعدة عليه بوجه .

أمّا الوجه الأول : فهو أنّ البائع إنّما قصد البيع لأبيه فيما إذا باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميتاً ، فهو باعه للأب لا لنفسه فلا يقع له بوجه .

والجواب عن ذلك : أنه إنّما باعه للمالك ، وإنّما أضافه للأب لا لخصوصية فيه بل بتخيّل أنه المالك للمال . وقد عرفت أنه أمر زائد عن حقيقة المبادلة فيقع لغواً .

وأمّا الوجه الثاني : فهو أنّ المعاملة حينئذ معلّقة على موت أبيه لأنه إنّما يبيعه على تقدير موت الأب والاجماع متحقّق على بطلان التعليق في العقود ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ هذا الوجه لابدّ من أن يحمل على سهو القلم لجلالة شأن العلّامة وولده (قدّس سرّهما) عن الاستدلال بمثل ذلك في المقام ، وذلك لأنّ الكلام في

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف) .

(٢) نهاية الأحكام ٢ : ٤٧٧ ، إيضاح الفوائد ١ : ٤٢٠ .

الصورة الثالثة إنّما هو فيما إذا باعه للمالك لا لنفسه وما معنى أنه يبيعه للمالك وهو الأب معلّقاً على موته ، ولأجل ذلك أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ هذا الوجه منهما مناقض للوجه الأول من استدلالهما حيث ذكرا في الوجه الأول أنه يبيعه للمالك وأبيه لا لنفسه ، فإذا باعه للمالك كيف يعلّقه على موته .

وأمّا الوجه الثالث : أنّ البائع مع فرض اعتقاده بأنّ المال ملك الغير كيف يصحّ أن يبيعه للمالك مع أنه أجنبي عن المال ، فهو في الحقيقة كالعابث في المعاملة هذا .

وقد عرفت سابقاً أنّ الفضولي قاصد للمعاوضة الحقيقية وليس عابثاً كما ذكراه ، ولذا استشكلنا[١] فيما ذكره صاحب المسالك من أنّ المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المعنى وذكرنا أنّهما قاصدان للمعنى والمعاملة حقيقة ، وهذا الوجه لو تمّ يستلزم بطلان المعاملات الفضولية بأجمعها ولا يختصّ بالمقام كما لا يخفى ، هذا .

ثمّ إنّ المحقّق الثاني[٢] استدلّ على توقّف المعاملة في المقام على الاجازة بأنّ البائع لم يقصد الملك من حين المعاملة بل من زمان إجازة المالك ، فلو لم يجزها بعد الانكشاف فلم يحصل الملك أبداً .

وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] بأنه إنّما قصد الملك من حين المعاملة حيث قصد البيع والمعاملة وهو كافٍ في قصد الملك ورضاه بالمعاملة ، بل ذلك ينافي الكشف على مسلك المحقّق الثاني لأنه يرى الاجازة كاشفة عن الملك من

---

(١) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٣١٩ وما بعدها .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٧٦ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٦٢ .

الابتداء ، فلو كان قصد البائع هو الملك بعد الاجازة فلا يتحقّق هناك ملك من الابتداء لتكشف الاجازة عنه ، هذا .

ولا يخفى عليك أنه يمكن أن يقال إنّ مراد المحقّق الثاني ليس هو ما يظهر من عبارته كما فهمه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بل يريد أن يقول إنّ الملكية إنّما تحصل من حين المعاملة فيما إذا استندت المعاملة إلى المالك بالاجازة ، فلها دخل في تحقق الملك من الابتداء ، ولولاها لم يتحقّق الملك أصلاً ، ولا يرد عليه ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

نعم يتوجّه عليه أنّ ذلك الدليل أخصّ من المدّعى ، وذلك لعدم جريانه فيما إذا باع شيئاً باعتقاد أنه ملك الغير وأنه وكيل في بيعه من قبل مالكه ثمّ ظهر أنه له وهو ملكه ، فإنه في هذه الصورة قد قصد النقل والملك من حين المعاملة لا معلّقاً على إجازة المالك لاعتقاد أنه وكيل ، هذا مع أنّ كون البيع متوقّفاً على الاجازة أو غير متوقّف عليها ليس دخيلاً في حقيقة البيع ليعتبر قصده أو يقدح قصد خلافه ، وإنّما هو من الأُمور المعتبرة في صحّة البيع وإمضائه فيما إذا وقع البيع على مال الغير ، وأمّا إذا وقع البيع على مال نفس العاقد فلا يعتبر في صحّته وامضائه إجازته . ولعلّ هذا هو مراد المحقّق الثاني بقوله : « إلّا أن يقال إنّ قصده إلى أصل البيع كاف » فالصحيح في لزوم الاجازة ما ذكرناه .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ المعاملة صحيحة ولكنّها تتوقّف على الاجازة بعد الالتفات إلى أنه مالك .

ويؤيّد ما ذكرناه ويؤكّده : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في المقام حيث إنه نظّره بما إذا أذن المالك لأحد في أكل شيء مثلاً معتقداً بكونه ملك الغير فانه

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٣ .

لا يسوغ أكله بذلك مع علم المأذون بأنه ملك نفسه ، إذ لابدّ في الاباحة من ترخيص المالك بعنوان أنه مالك وهذا إباحة وتحليل من ذات المالك لا هو بعنوان المالك كما هو ظاهر فلا يصحّ التصرّف فيه بوجه ، وأمّا ما ذكره من مثال الطلاق والعتق وأنه إذا طلّق امرأة باعتقاد أنّها هي التي وكّله زوجها في طلاقها ثمّ ظهر أنّها زوجته ، أو أعتق عبد الغير وكالة ثمّ ظهر أنه عبده فلا يصحّ منه الطلاق والعتق لعدم علمه بزوجيته للمرأة وكون المعتق ملكه ، فهو مؤيّد للمطلب لا أنه دليل وذلك لما أشرنا إليه غير مرّة من أنّ للأشخاص مدخلية في حقيقة النكاح والطلاق وكذلك في العتق ، فإذا طلّق امرأة خاصّة فلا وجه لوقوعه عن امرأة أُخرى غيرها ، وكذلك الحال في العتق ، وهذا بخلاف المعاملات فإنّها لا تتقوّم بالأشخاص بل حقيقتها هي المبادلة كما لا يخفى ولا يمكن قياسها بالطلاق والعتق ولعلّه ظاهر .

وقد نظّر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) المقام بما إذا تعمّد في التكلّم في الصلاة مع الغفلة عن أنّه في الصلاة أو تعمّد في الافطار مع الغفلة عن أنه صائم في شهر رمضان فإنّ ذلك لا يبطل الصلاة والصوم ، إذ يعتبر فيهما أن يكون التعمّد في التكلّم في الصلاة فلا يكفي التعمّد في التكلّم بما هو هو ولو مع الغفلة عن القيد ، وكذلك الحال في الافطار في شهر رمضان فإنّ التعمّد في الافطار في شهر رمضان يوجب البطلان والكفّارة لا التعمّد في أصل الافطار ، وفي المقام العمومات إنّما تشمل البيع الصادر عن المالك بوصف أنه مالك لا الصادر عن ذاته ولو مع الغفلة عن أنه مالك للمال . وهذا نعم التنظير في المقام .

فتلخّص من ذلك : أنّ صحّة المعاملة في هذه الصورة من جهة أنها بيع حقيقة ولا قصور فيها بوجه ، وتوقّفها على الاجازة من جهة انصراف العمومات والأدلّة

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٣٢ .

إلى بيع كل شخص من المتعاملين بما هو مالك ، وهذا لا يتحقّق إلّا بالاجازة ، إذ لا بيع له قبلها . مضافاً إلى أنّ الاطلاقات والعمومات متقيّدة بطيب نفس الملّاك ورضاهم ، ولا رضا من المالك في المقام قبل الاجازة لغفلته وعدم علمه بأنه ملكه وإنّما يتحقّق ذلك بالاجازة المتأخّرة .

بقي في المقام ما ذكره بعضهم وذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه)(١) من أنّ المعاملة صحيحة ولا تحتاج إلى الاجازة ، إلّا أنّها على نحو الخيار والجواز دون اللزوم ، لأنّ الحكم بلزوم المعاملة ضرري على المالك لعدم علمه بالحال وتخيّله أنه للغير ، فلو حكمنا بلزوم البيع في حقّه لكان ذلك مستلزماً لضرره وهو منفي بالقاعدة ، فتكون المعاملة صحيحة وجائزة لأجل القاعدة .

وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) بما ملخّصه : أنّ المعاملة تارةً تكون محكومة بالصحّة في حدّ نفسها إلّا أنّ العوضين يستلزمان الضرر على أحد المتعاملين لنقص في قيمتها أو لعيب في ذاتيها ، ولأجل ذلك يرتفع لزوم المعاملة وتكون خيارية وجائزة . وأُخرى تكون المعاملة في حدّ نفسها مورداً للكلام من حيث الصحّة والفساد ، لعدم شمول العمومات لها من دون أن يكون هناك ضرر في شيء من العوضين بحيث لو حكمنا بصحّتها لما كان ذلك موجباً لتضرّر أحدهما من حيث العوض والمعوّض لعدم نقصٍ في قيمتها أو في ذاتيها ، ففي مثل ذلك لو كان هناك ضرر فهو إنّما يكون ناشئاً من أصل العقد والمعاملة لا من جهة لزومها فمقتضى القاعدة عدم صحّة مثلها إلّا بالاجازة المتأخّرة ، لا أنّها صحيحة ويرتفع

---

(١) الجواهر ٢٢ : ٢٩٩ ـ ٣٠٠ ونصّ كلامه : والمتّجه فيه الوقوف على الاجازة ... أو إثبات الخيار ... .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٦٥ .

لزومها ، لما عرفت من أنّ لزومها غير ضرري بحسب الفرض وإنّما الضرر في أصل المعاملة وصحّتها حيث إنه أمر لم يلتفت إليه ولم يكن راضياً به ومعه يكون الحكم بوقوع المعاملة من غير اختياره ضرراً عليه لا محالة فترتفع صحّتها بالقاعدة ، هذا .

بل يمكن أن يقال : إنّه لا مجال للقاعدة في المقام ، لأنّهـا نـاظرة إلى الأدلّـة الواقعية ، وقد عرفت أنّ الأدلّة لا تشمل مثل هذه المعاملة لانصرافها إلى بيع كل بائع بعنوان أنه مالك وتقيّدها بالرضا وطيب النفس ، وهذه الأُمـور إنّمـا تـتحقّق بالاجازة لا قبلها كما لا يخفى ، ومعها لا ضرر على أحد وقبلها لا دليل حتّى ترفعه قاعدة نفي الضرر كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ الصحيح من الأقوال هو ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الصحّة والتوقّف على الاجازة .

ثمّ إنّ ذلك إنّما هو في المعاملات القابلة للفضولية التي تصحّ بالاجازة المتأخّرة كالبيع ونحوه ، وأمّا ما لا يصحّ بالاجازة المتأخّرة لاشتراطه بـالاذن والاجـازة المقارنين للعقد وعدم قبوله الفضولية كما في الايقاعات كالطلاق والعتق بناء عـلى ثبوت الاجماع المدّعى في عدم قبول الايقاعات للفضولي واشتراطها بالاذن المقارن معها ، فلا يجري فيه ما ذكرناه بل نحكم في مثله بالبطلان مطلقاً ، فلو طلّق أو أعتق باعتقاد أنّها زوجة الغير أو عبد الغير ثمّ ظهر أنّهما له فيحكم ببطلان الطلاق والعتق لعدم تصحيحهما بالاجازة المتأخّرة .

وبالجملة إذا كانت المعاملة ممّا تصحّ بالاجازة المتأخّرة فحكمها الصحّة مـع الاجازة ، وإذا كانت على نحو لا تصحّ بالاجازة فحكمها البطلان كما عرفت ، هذا .

ثمّ إنّ ما ذكرناه في المقام من الصحّة مع الاجازة لا يتوقّف على القول بصحّة الفضولي كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بل لو قلنا ببطلان الفضولي في محلّه لقلنا بالصحّة مع الاجازة في المقام ، وذلك لعدم جريان الأدلّة المذكورة في بطلان

الفضولي في المقام كقوله (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك[1] فإنّهم قد استدلّوا به على بطلان الفضولي وأجبنا عنه فيما تقدّم بأنه ينهى عن ذلك بالاضافة إلى البائع الفضولي ولا دلالة فيه على فساده بالاضافة إلى المالك، فلو أغمضنا النظر عن ذلك الجواب وبنينا على أنه يقتضي بطلان الفضولي لكنّه لا نلتزم به في المقام لعدم جريانه فيه، فإنّ المفروض أنه مالك للمال غاية الأمر أنه غافل عن ذلك وغير عالم بالحال فهو إنّما يبيع ما عنده لا ما ليس عنده، ولعلّه ظاهر.

نعم، لو استدللنا على بطلان الفضولي بالقبح العقلي لاستقلال العقل بقبح التصرّف في مال الغير كما تقدّم نقله وأغمضنا عمّا أجبنا به عنه أمكن أن يقال إنّ ذلك يجري في المقام من جهة استقلال العقل بقبح التجرّي، وهو متجرٍ في مفروض الكلام لاعتقاده بأنّ المال للغير ومع ذلك تصرف فيه بالبيع وهو محكوم بالقبح عقلاً وإن كان مالكاً واقعاً، هذا.

مع أنه يمكن أن يجاب عن ذلك: بأنّا إنّما نقول بفساد الفضولي من جهة حكم العقل بالقبح فيه واستلزام ذلك الحكم بالحرمة شرعاً، ودلالة النهي على الفساد فرضاً، لا من جهة مجرّد حكم العقل بالقبح وإن لم يستلزم الحكم بالحرمة شرعاً، إذ مجرّد القبح العقلي لا يكفي في الحكم بالفساد، وهذا لو قلنا به في الفضولي لا يمكن الالتزام به في المقام، لعدم استلزامه حكم العقل بالقبح في التجرّي الحكم بالحرمة شرعاً حيث إنّ المتجرّي غير مرتكب للحرام الشرعي بوجه، ومجرّد القبح العقلي لا يوجب الفساد، هذا كلّه في الصورة الثالثة.

وأمّا الصورة الرابعة: فهي ما لو باعه لنفسه باعتقاد أنه للغير وعدم جواز التصرّف فيه فظهر أنه مالك له، ولا إشكال في صحة البيع حينئذ، لعدم قصور ذلك

---

(١) تقدّم في الصفحة ٢٨.

عن الصورة المتقدّمة وبيعه للغير ، وإنّما الكلام في أنه يحتاج إلى الاجازة بعد الالتفات أو لا ، الظاهر أنه لا حاجة إلى الاجازة بعد الانكشاف ، إذ الحاجة للاجازة فيما تقدّم إنّما هي من جهة عدم استناد البيع إلى نفسه لاعتقاده أنّ المال للغير ولأجل عدم رضاه ببيع ماله ، وذكرنا أنّهما يحصلان بالاجازة المتأخّرة ، وهذا لا يحتاج إليه في المقام ، لأنه باعه لنفسه بدعوى الملكية العقلائية كالغاصب ونحوه وإن اعتقد أنه للغير شرعاً ، وهذا المقدار من البيع والرضا يكفي في المعاملات ولا يحتاج فيها إلى العلم بالملكية الشرعية ، وهذا نظير معاملات جميع الخارجين عن شريعة الإسلام فإنّهم إنّما يتعاملون بالملكية العقلائية أو الاعتبارية الشخصية كاليهود ونحوهم بل المسلمين غير المتديّنين كما إذا قامر فغُلب وأُخذ منه شيء ثمّ قامر وغلبه وأخذ منه ما غلبه به بعينه فباعه حيث إنه ملكه شرعاً وواقعاً إلّا أنه اعتقد أنه للغير واقعاً وله بالملكية العقلائية ، ففي مثل ذلك لا يحتاج إلى الاجازة بعد الالتفات إلى أنه ملكه واقعاً ، لعدم اشتراط البيع بالعلم بالملكية الشرعية ، بل العلم بالملكية العقلائية كافٍ كالمأخوذ بالقمار ونحوه حيث إنّ العقلاء غير المتديّنين يعتبرونه مالكاً ويقولون إنه مالك لكذا مقدار من المال مع أنه بأجمعه مأخوذ بالقمار والغصب ، هذا كلّه في المجيز ويقع الكلام بعد ذلك في المجاز وهو العقد الصادر من الفضولي .

الكلام في العقد المجاز

ويقع البحث فيه عن جهات :

الأُولى : يشترط في العقد المتعلّق للاجازة أن يكون مشتملاً على جميع الشرائط المعتبرة في صحّة العقد ، فلو كان فاقداً لبعضها فلا يقع صحيحاً بالاجازة المتأخّرة ، وذلك لوضوح أنّ الاجازة ليست بأولى من الاذن السابق حيث إنه إذا أذن في إنشاء عقد فاقد لبعض شرائط الصحّة فلا يكون ذلك موجباً لوقوع العقد على وصف الصحّة ، فكيف بالاجازة المتأخّرة ، بل لو عقد نفس المالك على شيء وكان العقد فاقداً لبعض شرائط الصحّة يقع باطلاً فضلاً عمّا إذا لحقته إجازته فيما لو عقد الفضولي . وبالجملة لابدّ في صحة العقد الصادر من الفضول أن يكون جامعاً لجميع الشرائط المعتبرة في العقد سوى رضا المالك ، وفي غير تلك الصورة يقع فاسداً ولا يمكن أن تكون الاجازة المتأخّرة مصحّحة للعقد الفاسد ، هذا كلّه بحسب الكبرى .

وأمّا بحسب الصغريات والتطبيق ، فلا إشكال في أنّ العقد لابدّ وأن يكون حاوياً للشرائط الراجعة إلى العقد كالماضوية والعربية والتطابق وغيرها ، فلو كان فاقداً لبعض تلك الشرائط يقع فاسداً .

وأمّا الشرائط المعتبرة في المتعاقدين بما هما متعاقدان (لا بما هما مالكان) كالبلوغ والعقل ونحوهما ، فلا إشكال في اعتبارها أيضاً ، فلو كان المتعاقدان أو

أحدهما صبياً أو مجنوناً فلا تقع المعاملة بالاجازة المتأخّرة صحيحة ، لأنّ عقدهما كلا عقد .

وأمّا الأُمور والشرائط المعتبرة في العوضين كالمالية أو الطهارة والطلقية ونحوها فهي أيضاً معتبرة في العقد الصادر من الفضولي بحيث لو كان العوضان فاقدين لبعض هذه الشروط كما إذا كان أحدهما خمراً أو كانت الأمة أُمّ ولد أو كان فاقداً للمالية وهكذا ، فلا ينبغي الإشكال في فساد العقد حينئذ وإن انقلب الخمر إلى الخلّ أو مات ولد الأمة أو عرضت المالية عليه حال الاجازة ، وذلك لاعتبار هذه الشروط في متعلّق البيع والعقد ، والاجازة ليست عقداً مستأنفاً ولا بيعاً ثانياً فلابدّ من اتّصاف العوضين بهذه الشروط حال العقد ولعلّه ظاهر .

وأمّا الشرائط الخارجة عن متعلّق البيع والمتعاقدين والعقد وهي الأُمور المعتبرة في المعاملة خارجاً وقد عبّر عنها شيخنا الأنصاري(١) بشرائط تأثير العقد كاشتراط القدرة على التسليم أو الشرائط المعتبرة في المالكين وإن لم يكونا عاقدين كالإسلام في مشتري المصحف والعبد المسلم بناءً على أنّ الكافر لا يملك شيئاً منهما فهي غير معتبرة في العقد بوجه ، بل القدرة على التسليم كما لا تعتبر في حال العقد كذلك لا تعتبر في حال الاجازة أيضاً ، وإنّما تعتبر في ظرف التسليم وهو أمر يختلف باختلاف الأغراض ، فربما يشترط التسليم في ظرف الاجازة وأُخرى في غيره من الأزمان كمن باع عشرة أمنان من الحنطة في ذمّة زيد فضولة على أن يسلّمها بعد ستّة أشهر ثمّ أجازها المالك من دون أن يكون قادراً على تسليمها حال الاجازة .

وكذا الإسلام فإنه لا يعتبر حال العقد أبداً ، لأنّ الدليل الدالّ على اعتباره في المشتري بعد الاجماع هو قوله تعالى : **﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ**

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٧ .

سَبِيلاً﴾[١] بأن يكون اختيار المسلم بيد الكافر يفعل في حقّه ما أراد ، ومن الواضح أنّ العقد بمجرده لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أبداً ، وإنّما هو يتحقّق بالاجازة ، إذ لا يمكنه التصرف في العبد قبلها ، فإذا فرضنا أنّ المشتري الكافر حال العقد أسلم حين الاجازة صحّ العقد والاجازة بلا إشكال . نعم بناء على الكشف الحقيقي أمكن القول بالفساد لتحقّق الملكية والسبيل حين العقد .

ثم إنّه هل يعتبر الاستمرار في الشروط المعتبرة حال العقد إلى زمان الاجازة بحيث لو انتفى بعضها بعد العقد وقبل الاجازة بطلت الاجازة ، أو لا يعتبر فيها الاستمرار ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بالنسبة إلى شروط العوضين : أنّ الظاهر اعتباره على القول بالنقل ، لعدم تمامية البيع قبلها ، وحين تماميته بالاجازة لا شرط بحسب الفرض فتقع المعاملة باطلة . وكذا يعتبر الاستمرار على القول بالكشف من جهة أنّ زمان الاستناد إلى المالك إنّما هو زمان الاجازة ، ومع فقد بعض الشرائط المعتبرة في المعاملة لا يكفي إسناد المعاملة الفاقدة لبعض الأُمور المعتبرة فيها إليه هذا .

والظاهر أنّ الاستمرار إلى حال الاجازة غير معتبر على كلا القولين ، وذلك لأنّ الكلام في شرائط البيع لا الملكية ، وقد فرضناه جامعاً لشرائط البيع حال العقد والبيع ، والاجازة ليست بيعاً ولا عقداً مستأنفاً ، فاعتبارها في حال الاجازة أيضاً يحتاج إلى دليل آخر ، والوجه في ذلك ما عرفت من أنّ شرائط البيع غير شرائط الملكية كما في بيع الكلب والمتنجّس ونحوهما حيث إنّهما مع ماليتهما منع الشارع عن بيعهما تعبّداً ، إذ لا إشكال في أنّ الكلب ملك فلذا أوجب الشارع ضمانه على من

---

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

أتلفه ، وكذا الحال في المنع عن بيع أُمّ الولد فإنّها ملك ويجب دفع قيمتها لو قتلها أحد ومع ذلك قد منع عن بيعها ، فهذه شرائط البيع دون الملك ، والمقدار الثابت من أدلّتها اعتبارها حال البيع ، والمفروض أنّها كانت متحقّقة حال البيع والعقد ، واشتراطها واعتبارها حال الاجازة أيضاً يتوقّف على دليل ، وهذا بخلاف الشرائط المعتبرة في الملك فإنّها شرط للملك بغضّ النظر عن وقوع البيع كما في الخمر فإنّها غير قابلة للملك حتّى لو لم يكن بيع أصلاً . وكلامنا إنّما هو في شرائط البيع لا شرائط الملك .

فرع : إذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر ثمّ صار خلاً فهل يصحّ الانتقال أو لا ؟ الظاهر أنه لا ينتقل إلى المشتري حينئذ على القول بالنقل لأنه صورة نوعية أُخرى غير الصورة التي وقع عليها العقد ، وذلك لأنّ الخمرية والخلّية وإن كانتا من الأوصاف والأحوال عند العرف إلّا أنّهما بحسب نظر الشارع من الأوصاف النوعية التي بها تختلف الأشياء ، فإذا صار خمراً ثمّ انقلب إلى الخل فهو قد اتّصف بصفة نوعية أُخرى غير الصفة الأُولى كما لا يخفى ، وهذا نظير ما إذا انقلب عبدٌ إلى الصورة النوعية الكلبية بمعجزة ونحوها ثم انقلب إلى الصورة النوعية الانسانية فإنه لا إشكال في تغايره للإنسان الأول وكونه غيره حقيقة ، وكذلك الحال في المقام ، وعليه فيقع البيع باطلاً لأنّ متعلّقه تلف والموجود أمر آخر مغاير لما وقع العقد عليه ، وأمّا على القول بالكشف فالبيع صحيح لأنّ التبدّل يكون في ملك المشتري ، هذا تمام الكلام في الجهة الأُولى .

الجهة الثانية : أنه هل يشترط العلم بالعقد المجاز تفصيلاً بأن يعلم أنه عبارة عن البيع أو الاجارة أو النكاح ، أو أنه يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقد عليه فيجيزه على ما هو عليه بيعاً كان أو نكاحاً ، وهذا لا يقاس بالوكالة المتعلّقة بأمر مبهم حيث ذهبوا إلى بطلانها .

والجهة الثالثة : أنه هل يكفي في صحّة العقد إجازته على تقدير وقوعه بأن

يقول أجزت ما وقع على مالي إذا كان بيعاً ثمّ انكشف أنه كان بيعاً ، أو أنّ ذلك من التعليق في العقود ، لأنّ الاجازة وإن لم تكن عقداً في حدّ نفسها إلّا أنها في حكم العقود لا محالة فيكون تعليقها على شيء موجباً لبطلانها ، وهاتان الجهتان لابدّ من التكلّم فيهما .

أمّا هذه الجهة الأخيرة فقد ذهب شيخنا الأنصاري[1] إلى أنّ التعليق في الاجازة مبطل لها ، لأنّها كالعقود ممّا لا يقبل التعليق . وذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] أنّ الاجازة من الايقاعات والايقاع لا معنى للتعليق فيه ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاداه في غاية الضعف والإشكال .

أمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلأنّ المانع عن صحّة التعليق في العقود ليس إلّا الاجماع على أنّ التعليق في العقود يوجب البطلان ، ومن الظاهر أنّ الاجازة شرط لصحّة المعاملات وليست من العقود ، والاجماع إنّما يوجب بطلان التعليق في مورده وهو العقود دون غيره ، هذا . مضافاً إلى أنّ التعليق في العقود إنّما يوجب البطلان فيما إذا كان على غير موضوعاتها ، وأمّا إذا علّق العقد على موضوعه فلا وجه لبطلانه كما إذا قال : إن كان هذا مالي فبعته ، والعقد في المقام موضوع للاجازة المتأخّرة ، إذ لولاه لوقعت الاجازة باطلة إذ لا معنى لاجازة المعدوم فلا مانع من تعليقها على موضوعها .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ من أنه لا معنى للتعليق في الايقاعات ، فلم نفهم ماذا يريد بهذا الكلام ، لأنّ التعليق في الايقاعات كالتعليق في العقود أمر ممكن لا أنه مستحيل ولا معنى له ، غاية الأمر قام الاجماع على بطلانه في العقود ، وهذا لا

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٨ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٣٩ .

يمنع عن التعليق في الايقاعات ، كيف وقد وقع التعليق في موردين من الايقاعات أحدهما بلا كلام والآخر على كلام فيه ، والأول هو التدبير فإنه من الايقاعات بلا إشكال ومع ذلك قد علّق فيه الحرّية على الموت ، والثاني باب الوصية فإنّ الملكية فيها معلّقة على الموت إلّا أنّها مع الإشكال في كونها إيقاعاً لاحتمال كونها من العقود ، وإن كان الأول أظهر ، هذا كلّه في الجهة الأخيرة .

أمّا الجهة الثانية المتقدّمة : فصحّة الاجازة على العقد المعلوم بالاجمال من فروعات المسألة المتقدّمة وأنّ التعليق في الاجازة موجب للبطلان أو لا ، ولأجل ذلك قدّمناها على هذه الجهة ، فعلى ما ذكرناه هناك من أنّ التعليق في الاجازة لا يوجب البطلان ، لا مانع من الالتزام بصحّة العقد المعلوم إجمالاً فيما إذا تعلّقت به الاجازة ، لأنّ معناها حينئذ أنّي أجزت العقد الواقع إذا كان بيعاً ، وأجزت الواقع إذا كان نكاحاً ، وأجزته إذا كان إجارة وهكذا ، فلا مانع فيه إلّا التعليق وقد عرفت أنه غير موجب للبطلان .

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ(١) من أن الاطلاق إنّما يعقل في الكلّيات وأمّا الفرد الواقع المبهم فلا إطلاق فيه حتّى يتمسّك باطلاقه ويجيزه مطلقاً ، نعم الوكالة يعقل تعلّقها بالأمر المطلق بأن يوكّل مثلاً في هبة ماله على نحو الاطلاق زيداً كان الموهوب له أم عمراً .

لا يمكن المساعدة عليه في المقام ، وذلك لأنه لا يجيز الفرد المبهم حتّى يقال إنه لا إطلاق فيه ، بل إنّما يجيز جميع المحتملات التي منها ما وقع على ماله وهو لا يميّزه فإنه يقول أجزت ما وقع على مالي إن كان بيعاً ، وأجزته إن كان إيجاراً ، وأجزته إن كان نكاحاً ، كما إذا كان ماله أمةً وهكذا ، كما ظهر أنّ الحكم بالصحّة في المقام أولى

(١) منية الطالب ٢ : ١٣٨ .

من الحكم بصحّة الوكالة المتعلّقة بأمر مبهم ، فإنه إذا وكّله في أحد أمرين : بيع ماله ونكاحه فهو يحتمل وجوهاً ، فتارةً يوكّله في كل واحد من البيع والنكاح فـينحل التوكيل المذكور إلى توكيلين ، ففي مثله لا إشكال في صحّة كل واحد من الأمرين غاية الأمر أنه لا يتمكّن إلّا من أحدهما ، فإمّا أن يبيع الأمة وإمّا يزوّجها . وأُخرى يوكّله في أحدهما من غير تعيين ، ففي مثله إذا كان للجامع بينهما أثر فلا مانع من صحة ما يرتكبه الوكيل ، لأنه مُجاز في ذلك الأثر حصل من هذا أو من ذاك ، وأمّا إذا لم يكن أثر يترتّب على الجامع بين الأمرين كما في المثال فلا محالة تقع الوكالة باطلة إذ لا معنى للوكالة في أمر مبهم .

وهذا بخلاف المقام فإنه يجيز العقد الواقع على ماله مطلقاً بيعاً كان أو نكاحاً أو إجارة ، فهو يجيز جميع المحتملات التي منها ما أوقعه الفضولي على ماله وهو لا يعلمه .

ترتّب العقود الفضولية

الجهة الرابعة : أنّ الاجازة تارةً تتعلّق بالعقد الواقع على نفس مال الغـير وأُخرى تتعلّق بالعقد الواقع على عوض مال الغير ، وعلى كلا التـقديرين إمّـا أن تتعلّق بأوّل عقد وقع على مال الغير أو على عوضه ، وإمّا أن تتعلّق بآخر عقد واقع على مال الغير أو على عوضه ، فالصور أربعة . وأمّا إذا تعلّقت بالعقد المتوسّط بين الأول والآخر فهو إمّا متوسّط بين عقدين وقعا على نفس مال الغير ، وإمّا متوسّط بين عقدين وقعاً على عوض مال الغير ، وإمّا متوسط بين عقدين أحدهما وقع على مال الغير وثانيهما على عوضه بالاختلاف ، فربما يكون الأول واقـعاً عـلى المـال والأخير على عوضه وأُخرى يكون الأمر بالعكس . ثمّ العقد المتوسط الذي تعلّقت به الاجازة تارةً يكون واقعاً على نفس مال الغير وأُخرى يكون واقعاً على عوضه

فتكون الصور فيه ثمانية ومع ضمّها إلى الأربعة المتقدّمة تصير اثنى عشر صورة .
فإن اكتفينا بالبحث عن حكم الاجازة المتعلّقة بالمتوسط من العقود لأنّ حكم اجازة الأول والأخير يعلم من حكم المتوسط بينهما فتكون الصور ثمانية وتصوير تلك الصور أشكل من تحقيق أحكامها . فنمثّل له بما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس ثمّ باع الفرس بدرهم ، وأمّا مشتري العبد فباعه بكتاب ومالك الكتاب باع العبد بدينار ثمّ اشترى بالدينار جارية ، وهذه خمسة عقود ، فالعقد المتوسط فيها هو بيع العبد بكتاب ، وهذا عقد متوسط بين عقدين وقعا على نفس مال الغير ، الأول هو بيع العبد بفرس والأخير بيع العبد بدينار ، كما هو عقد متوسط بين عقدين وقعا على عوض مال الغير وبدله ، والأول منهما بيع الفرس بدرهم والأخير منهما بيع الدينار بالجارية ، كما أنه عقد متوسط بين عقدين تعلّق أحدهما بنفس مال الغير وثانيهما بعوضه بالاختلاف ، فالأول منهما بيع العبد بفرس أو بيع الفرس بدرهم والأخير منهما بيع الدينار بالجارية أو بيع العبد بدينار ، فإذا ظهر حكم هذا العقد المتوسط بينهما فلا محالة يظهر حكم العقود السابقة واللاحقة عليه .

ثم إنّ الكلام في ذلك تارةً يقع على الكشف وأُخرى على القول بالنقل ولنتكلّم على الكشف أوّلاً فنقول : إنه إذا أجاز مالك العبد البيع الواقع عليه بالكتاب فهي تكشف عن أنّ العبد صار ملكاً لمالك الكتاب من الابتداء ، والكتاب صار ملكاً لمالك العبد من حين المعاملة ، ونتيجة ذلك بطلان بيع العبد بالفرس ، إذ لم تتعلّق به الاجازة بحسب الفرض . وأمّا بيع الفرس بدرهم فهو غير مربوط بمالك العبد على كلا القولين من الكشف والنقل وإنّما هو راجع إلى صاحب الفرس فإن أجازه صحّ وإن ردّه بطل ، وأمّا العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب وهو بيع العبد بالدينار والدينار بالجارية فهي بأجمعها صحيحة من جهة أنّ الاجازة إنّما كشفت عن ملكية العبد لصاحب الكتاب من الابتداء فهو إنّما باع ملك نفسه بالدينار ، كما أنّ مالك

الدينار (وهو مالك الكتاب) قد اشترى به الجارية فجميعها صحيحة ، هذا كلّه بناءً على القول بالكشف .

وأمّا على النقل فبما أنّ الاجازة توجب انتقال العبد إلى صاحب الكتاب من حين الاجازة فهي توجب بطلان بيع العبد بالفرس ، إذ لم تتعلّق به الاجازة بحسب الفرض . أمّا العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب فصحّتها تتوقّف على ما تقدّم[١] من أنّ من باع شيئاً ثمّ ملكه صحيح على نحو الاطلاق أو مع الاجازة أو أنه باطل مطلقاً حيث إنّ مالك الكتاب قد باع العبد بالدينار ثمّ ملكه بالاجازة المتأخّرة على القول بالنقل ، فقد ظهر من جميع ذلك حكم المعاملة في ستة صور من الصور المتقدّمة وهي صور وقوع الاجازة على العقد الواقع على نفس مال الغير ، فيبقى في البين الصور الست للاجازة على العقد الواقع على عوض مال الغير .

والمتحصّل : أنّ البيع الواقع على عوض مال الغير المتقدّم على بيع العبد بالكتاب غير مربوط بمالك العبد وإنّما هو راجع إلى مالك الفرس على كلا القولين من الكشف والنقل فإن أجازه صحّ وإن ردّه بطل ، وأمّا البيع الواقع على مورد الاجازة في العقد المتوسط أعني بيع العبد بالفرس فهو أيضاً باطل على كلا القولين لعدم الاجازة بحسب الفرض حيث إنّها إنّما تعلّقت ببيع العبد بالكتاب ، وإنّما تظهر الثمرة بين الكشف والنقل في العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب لأنّها على الكشف تصحّ لوقوعها في ملك مالك الكتاب كما مرّ ، وأمّا على النقل فصحّتها تبتني على صحّة البيع قبل الملك كما عرفت . وكيف كان فإذا أجاز العقد المتوسط صحّت العقود المتأخرة عنه بناءً على الكشف، فهي إمضاء بالاضافة إليها وفسخ للعقود المتقدّمة عليه ، وأمّا على النقل فاجازته فسخ للعقود المتقدّمة فقط ، وأمّا صحّة المتأخّرة فهي

---

(١) في الصفحة ١٣ .

مبتنية على المسألة المتقدّمة .

وينبغي التنبيه على أمرين في المقام ، الأول : أنّ إجازة المتوسط إنّما تكـون فسخاً للعقود المتقدّمة عليه فيما إذا أجازه المالك لنفسه ، بأن يجيزه على أن يكـون البيع له ، وأمّا إذا أجازه للبائع وهو بائع العبد بالكتاب فهي لا تكون موجبة لفسخ العقد المتقدّم عليه ، بل بالملازمة تقتضي صحة بيع العبد بالفرس لينتقل العـبد إلى مالك الفرس حتّى يصحّ بيعه بالكتاب ، وإلّا فمع عدم انتقال العبد إلى مالك الفرس كيف يصحّ بيع العبد بالكتاب الذي أجازه المالك للبائع بحسب الفرض ، فاجازته للبائع إجازة للعقد المتقدّم أيضاً .

الثاني : أنّ المراد بالعقود المتأخّرة عن المتوسط في الحكم بصحّتها إذا أجاز المتوسط ليس مجرد ما تأخّر عنه بزمان ، إذ يمكن أن يكون عقد متأخّراً عنه بحسب الزمان ومع ذلك لا يكون صحيحاً باجازة المتوسط بوجه كما سيتّضح ، بل المراد كل عقد تتوقّف صحته على صحة المتوسط كما إذا كان البائع في العقود المتأخرة أحـد المتعاملين في المتوسط من المشتري والبائع كما عرفت في الأمثلة المتقدّمة ، فالتأخر تأخّر رتبي لا زماني ، فإنه إذا باع العبد بفرس من زيد ثمّ باعه بكتاب من بكر ثم باعه بدينار من عمرو ، فاجازة المتوسط لا يوجب إجازة المتأخّر عنه أبداً ، لأنه عقد أجنبي لا ربط له بالمتوسط والمتقدّم وإن وقع متأخّراً عنه بحسب الزمان ، هذا تمام الكلام فيما إذا كان متعلّق الاجازة العقد الواقع على نفس مال الغير .

وأمّا إذا كان متعلّقها العقد الواقع على عوض مال الغير فهذا أيضاً تارة يكون أوّل عقد وقع على عوض مال الغير ، وأُخرى يكون آخر عقد وقع على عـوضه وثالثة يكون متوسطاً بين عقدين وقعاً على عوض مال الغير أو بين عقدين وقعاً على نفس مال الغير أو بين عقدين تعلّق أحدهما بعوض مال الغير والآخر تـعلّق بنفس مال الغير بالاختلاف كما مرّ في الصورة المتقدّمة .

ويظهر حكم الصورتين الأولتين أعني ما إذا تعلّقت الاجازة بأوّل عقد وقع على عوض مال الغير وما إذا تعلّقت بآخر عقد وقع على عوض مال الغير من بيان حكم الصورة الثالثة وهي تعلّق الاجازة بالعقد المتوسّط بين عقدين ، والمثال الجامع للأقسام كما مثّل به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو ما إذا بيع العبد بفرس ثمّ بيع الفرس بدرهم ثمّ بيع الدرهم برغيف ثمّ بيع الرغيف بعسل ثمّ بيع الدرهم بحمار فهذه عقود خمسة ، والمتوسط بينها هو بيع الدرهم برغيف وهو عقد وقع على عوض مال الغير وهو العبد ، وقد سبقه عقدان أحدهما وقع على مورده وهو بيع الفرس بدرهم وثانيهما وقع على عوضه وهو بيع العبد بفرس كما لحقه عقدان أحدهما وقع على مورده وهو بيع الدرهم بحمار وثانيهما وقع على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل .

فإذا ظهر حكم ذلك العقد المتوسط من حيث صحة سابقه أو لاحقه فيظهر منه حكم الصورتين الأوّلتين أيضاً وهما ما إذا أجاز أوّل عقد وقع على عوض مال الغير وما إذا أجاز آخر عقد وقع على عوضه ، لأنّا إذا قلنا بصحة العقود المتأخرة عن المجاز فلا محالة تصح العقود المتأخرة عن العقد الأول في الصورة الأُولى منهما كما أنه إذا قلنا بصحة العقود المتقدّمة على المجاز فلا محالة تصح العقود المتقدّمة على العقد الآخر في الصورة الثانية من الصورتين فلا يحتاج إلى إعادة الكلام فيهما .

وكيف كان ، فعلى القول بالكشف إذا أجاز المتوسط من العقود الخمسة المتقدّمة فلا إشكال في صحة العقود المتأخرة عنه الواقعة على مورده وهو الدرهم في المثال لوقوعها في ملك البائع بحسب الفرض ، فإنّ الدرهم صار ملكاً لمالك الرغيف فبيع الدرهم بحمار قد وقع في ملك نفسه فلا إشكال في صحته ، وأمّا بيع الرغيف بالعسل فهو غير مربوط بمالك الدرهم بل راجع إلى مالك الرغيف فيصحّ إذا أجازه أيضاً ، كما أنّ إجازة المتوسط حينئذ تقتضي إجازة العقد المتقدّم عليه ، إذ لولا صحة بيع الفرس بدرهم كيف يمكن الحكم بصحة بيع الدرهم برغيف ، كما أنّ صحة بيع

الفرس بالدرهم تتوقّف على صحة بيع العبد بفرس ، فصحة العقد المتوسط تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه كما أنها تستلزم صحة العقود المتأخرة عنه فيما إذا وقعت على مورده وهو الدرهم وبيعه بحمار .

وأمّا على القول بالنقل فصحة نفس هذا المتوسط المجاز تتوقّف على صحة البيع قبل الملك وعدم اشتراط أن يكون المجيز مالكاً حال البيع ، لأنّ البائع في بيع الدرهم برغيف غير مالك حال البيع على النقل وإنّما يملكه بالاجازة ، فعلى القول بصحة مثله يصح المتوسط لا محالة ، وصحّته تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه كما تستلزم صحة العقود المتأخرة عنه الواقعة على مورده بناءً على صحة البيع قبل الملك .

وبالجملة : أنّ صحة العقد المتوسط توجب صحة جميع العقود المترتّبة على صحّته ، والعقود المتوقّفة عليها صحة ذلك العقد المجاز أعني لوازمه وملزوماته .

ثم إنه ظهر من ذلك أمران ، **أحدهما** : أنّ ما أفاده الشهيد الأوّل (قدّس سرّه) في الدروس[١] من أنه إذا أجاز العقد الواقع على المبيع صحّ وما بعده وإذا أجاز العقد الواقع على الثمن صح وما قبله ليس على إطلاقه بصحيح ، لما عرفت من أنّ الاجازة سواء وقعت على المبيع أو الثمن تستلزم صحة ما تتوقّف عليه صحة المجاز كما تستلزم صحة العقود المترتّبة على صحته كما في بيع الدرهم بحمار فمع أنه وقع على الثمن استلزم صحة بيع الدرهم برغيف صحته كما تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه .

ثانيهما : أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] ذكر في المقام أنّ العقود إذا

---

(١) الدروس ٣ : ١٩٣ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٧٠ .

وقعت من أشخاص متعدّدة كان إجازة الوسط منها فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر .

وهذا من غرائب كلام الشيخ (قدّس سرّه) إذ لا يفرق في صحة العقود المتأخّرة أو بطلانها كون العقود صادرة من أشخاص متعدّدة أو من شخص واحد ، فإذا فرضنا أنّ أحداً باع العبد بفرس وآخر باع الفرس بدرهم وشخصاً ثالثاً باع الدرهم برغيف وشخصاً رابعاً باع الرغيف بالعسل ومالك الدرهم اشترى به حماراً فالحكم في ذلك كما عرفت هو صحّة العقود المتقدّمة على بيع الدرهم برغيف فيما إذا تعلّقت الاجازة به (أي ببيع الدرهم برغيف) مع أنّ العقود وقعت من أشخاص متعدّدة ، كما أنّ الحال كذلك فيما إذا وقعت من شخص واحد ، فالمناط إنّما هو بالملزومات واللوازم فإذا أجاز المتوسّط صحّت ملزوماته ولوازمه مطلقاً كانت العقود صادرة من شخص واحد أو من أشخاص متعدّدة .

ثمّ إنّ هنا إشكالاً في صحة العقود المتأخّرة بالاجازة وملخّصه : أنّ المشتري الأصيل أو البائع فيما إذا كان المشتري فضولياً إذا كان جاهلاً بالحال ولم يلتفت إلى أنّ البائع غصب المال وأنه ليس راجعاً إليه فلا إشكال . وأمّا إذا كان عالماً بأنّ البائع غاصب وأنه غير مستحق للمال ومع ذلك سلّم الثمن إليه وسلّط الغاصب على ماله فهو بذلك يذهب باحترام ماله ويرفع اليد عنه ويملّكه للغاصب لا محالة ، فهو ينتقل إلى الغاصب ولا ينتقل إلى المالك بالاجازة ، فإذا وقع عليه عقد فقد وقع على مال الغاصب لا على مال المالك فكيف تصحّ العقود المتأخّرة بالاجازة .

وهذا الإشكال قد أشار إليه العلّامة في القواعد[1] وأوضحه قطب الدين[2]

---

(١) القواعد ١ : ١٢٤ .

(٢) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٩٢ .

والشهيد (قدّس سرّهم)[١] وهذا تارة يجري في العقود المتأخرة فقط واُخرى يأتي في العقد الأول أيضاً ، وذلك لأنّ التسليط إن قلنا بأنه يوجب التمليك مطلقاً بحيث لا يمكنه الرجوع في المال ولو مع بقائه في يد الغاصب وعدم تلفه فحينئذ يأتي الإشكال في العقد الأول من حيث إنّ الثمن قد انتقل إلى الغاصب بحسب الفرض فلا ينتقل إلى المالك بالاجازة ، وإذا لم يصح العقد الأوّل فكيف تصحّ العقود المتأخرة عنه ، وأمّا إذا خصّصنا الإشكال بصورة التلف وقلنا إنّ المال إذا كان باقياً فله أن يرجع فيه إلى الغاصب ويأخذه منه ، وأمّا إذا تلف فلا يمكنه المطالبة لأجل التسليط فلا يأتي الإشكال في العقد الأول حينئذ لبقاء المال عند الغاصب وإنّما يأتي الإشكال فيما إذا باعه أو اشترى به شيئاً فهو في حكم التلف ويملك الغاصب عوضه ، ومعه لا موضوع للاجازة لأنّ العقد الثاني وقع على ملك الغاصب .

والجواب عن هذا الإشكال بوجوه :

الأول : إنكار أصل المبنى وأنّ التسليط فيما إذا كان مع العوض فهو لا يوجب التمليك كما ذكرناه في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، بل مقتضى قاعدة على اليد ما أخذت هو الضمان وعدم انتقال المال إلى الغاصب بالتسليم من جهة أنّ المملّكات في الشريعة المقدّسة معدودة محصورة والتسليم ليس من أحدها ، والوجه في أنّ التسليط مع العوض في المقام وأنّ التسليم غير مجّاني في صورة علم المشتري بالحال هو أنّ المشتري إنّما دفع الثمن إليه من أجل أنه عوض عن المبيع في المعاملة لأصل دعوى البائع أنه مالك للمال فهو تسليم للمال عوضاً لا هبة ، وقد عرفت أنّ التسليط مع العوض لا يوجب التمليك فلم يرد تخصيص على الضمان في المقام .

الثاني : أنّ هذا الإشكال لو سلّم فإنّما يأتي على القول بالنقل ، وأمّا على مبنى

---

(١) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٩٢ .

الكشف الذي ذهب إليه المشهور فلا وجه لهذا الإشكال ، لأنّ الاجازة تكشف عن انتقال المال إلى المالك حين البيع فيكون تسليط المشتري الغاصب على المال بعد المعاملة تسليطاً للغاصب على ملك الغير ولا يعقل أن يكون تسليط الغاصب على مال الغير موجباً للتمليك أبداً ، نعم لا مانع من ذلك على النقل فإنّ الاجازة لا موضوع لها لكونها متأخّرة عن التسليط .

الثالث : أنّ الإشكال كما لا يجري على القول بالكشف كذلك يمكن دفع ذلك على القول بالنقل أيضاً ، والوجه في ذلك أنّ التسليط إذا كان على نحو الاطلاق فلما ذكروه من الإشكال مجال ، وأمّا إذا كان على نحو التقييد فلا موجب للإشكال أبداً والتسليط في المقام من قبيل الثاني دون الأول ، حيث إنّ المشتري إنّما سلّمه إليه عوضاً عن المال فيما إذا كانت المعاملة صحيحة وسلّطه عليه فيما إذا كانت فاسدة فإذا أجازها المالك بعد ذلك وصحّت المعاملة بها فلا وجه لانتقال المال إلى الغاصب .

وبالجملة : أنّ المشتري لا يعلم ببطلان المعاملة على أيّ حال ليكون تسليطه البائع على المال تسليطاً على نحو الاطلاق ، بل يحتمل صحّتها باجازة المالك بعد ذلك ، فيكون التسليط مراعى باجازة المالك وعدمها ، فإذا أجازها فقد صحّت المعاملة ولا تسليط للغاصب بوجه ، نعم إذا فسدت المعاملة بردّ المالك يكون ذلك تسليطاً للغاصب على المال .

فالمتحصّل : أنّ هذا الإشكال ممّا لا وجه له على كلا القولين .

وأمّا ما ذكره فخر المحقّقين[1] في مقام الجواب من أن بيع الفضولي يوجب حقّاً للمالك في المعاملة بحيث يمكنه الاجازة والردّ فيؤخذ بحقّ المالك في المسألة ، لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال وأخسّها ، فلم نفهم الوجه فيما أفاده ، لأنّ مسألة أنّ

---

(١) إيضاح الفوائد ١ : ٤١٧ ـ ٤١٨ .

الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال ليست رواية ولا آية فلماذا يؤخذ بأشقّها ، بل لابدّ من أن يؤخذ بما جعله الشارع في حقّه من الأحكام . مضافاً إلى أنّ العقد الفضولي لا يوجب حقّاً للمالك في المعاملة ليكون حقّه أولى من الغاصب مثلاً ، لأنّ الاجازة كما عرفت من الأحكام دون الحقوق فلذا قلنا إنّ الاجازة لا تورّث ، ومعنى الاجازة أنّ المالك له أن يبيع كما أنّ له أن لا يبيع نظير البيع الابتدائي ، ولا حقّ في البين ليكون أسبق من حقّ الغاصب بوجه .

الكلام في أحكام الردّ

والكلام في ذلك يقع في جهات :

الجهة الأُولى : في أنّ الردّ هل يتحقّق بالفعل كما يتحقّق بالقول واللفظ أم لا ؟

وهذا البحث إنّما يثمر فيما إذا بنينا على أنّ الردّ قبل الاجازة يرفع العقد السابق ويمنع عن قابليته للنقل بالاجازة وحينئذ يقال إنّ الردّ الفعلي لا يوجب ذلك ولا يكون مصداقاً للردّ فيصحّ العقد السابق بالاجازة بعد الردّ الفعلي ، وأمّا إذا بنينا على صحة الاجازة بعد الردّ أيضاً كما ذكرناه سابقاً فلا يبقى لهذا البحث أثر أبداً ، إذ سواء تحقّق الردّ بالفعل أم لم يتحقّق تؤثّر الاجازة بعده على المفروض فلا يبقى لذلك أثر .

ثمّ لو قلنا بأن سبق الردّ يمنع عن تأثير الاجازة بعده فهل يكون الفعل أو القول موجباً لتحقّق الردّ أم لا ؟

لا إشكال في أنّ الردّ يتحقّق بلفظ رددت وغيره ممّا يفيد هذا المعنى ويصير مصداقاً للردّ ويترتّب عليه أحكامه ، وأمّا الفعل فلا إشكال فيه أيضاً بحسب الكبرى ، وأنه إذا صار مصداقاً للردّ يترتّب عليه أحكام الردّ ، لعدم دليل على أنّ

الأحكام المقرّرة للردّ لابدّ وأن تترتّب على الردّ القولي ، وإنّما الكلام في أنّ الأفعال هل تكون مصداقاً للردّ أو لا ؟

ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) أنّ الأفعال لا يتحقّق بها الردّ بوجه وإنّما هي مفوّتة لمحلّ الاجازة ومعدمة لموضوعها كالبيع والتزويج والهبة والعتق ، وهذا لا يقاس بالفسخ في المعاملات الجائزة لأنّ إرجاع المالكية السابقة أمر يتحقّق بالأفعال وبالتشبّث بالملكية كوطء الجارية والبيع والنكاح ، وأمّا ردّ انتساب العقد إليه فلا يتحقّق بتصرّف المالك لأنه بمقتضى طبعه الأصلي فليس له كاشفية نوعية عن الردّ ، نعم لو وجدنا فعلاً يتحقّق به الردّ في مورد فلا مانع من أن يترتّب عليه أحكام الردّ أبداً ، إلّا أنّا لا نجد فعلاً يكون مصداقاً للردّ كما عرفت ، هذا .

ولا يخفى أنّ الاشارة والكتابة من الأفعال ومع ذلك لا إشكال في صدق عنوان الردّ عليهما ، فإذا سألناه عن أنّك تقبل المعاملة الكذائية فحرّك رأسه ورفعه فمعناه أنه يردّها ويصدق عليه الردّ بلا كلام فيترتّب عليه أحكامه .

الجهة الثانية : هل تكون تصرّفات المالك الناقلة أو المخرجة عن الملك كالبيع والعتق بعد العقد وقبل الاجازة ، موجبة لالغاء الاجازة المتأخّرة أو لا ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنّ الاجازة على الكشف الحقيقي تكشف عن سبق الملكية على التصرفات الواقعة على المال ، وتكون تلك الأفعال الصادرة من المالك صادرة عن غير المالك الحقيقي فيحكم بالبطلان أو بوقوفها على الاجازة من المشتري ، وأمّا بناءً على القول بالنقل أو الكشف الحكمي فهناك وجوه ثلاثة : الحكم بصحة الاجازة وإلغاء الأفعال الصادرة عن المالك بعد العقد وقبل

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٥٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٧٧ .

الاجازة ، والحكم بصحة تلك الأفعال وإلغاء الاجازة المتأخرة ، والحكم بصحة الاجازة والبناء على أنّ الأفعال واقعة على غير وجهها بمعنى أنّها تتوقّف على الاجازة من المشتري ، وذهب هو (قدّس سرّه) إلى الوجه الثاني والتزم بصحة الأفعال ولغوية الاجازة ، هذا .

ولا يخفى أنّ الصحيح هو الالتزام بصحة الأفعال الصادرة من المالك وعدم تأثير الاجازة المتأخّرة حتّى على القول بالكشف فضلاً عن القول بالنقل ، والوجه في ذلك أنّ تلك الأفعال قد صدرت من أهلها ووقعت في محلّها ، فلا وجه للحكم ببطلانها على جميع المسالك في الاجازة .

أمّا على النقل والكشف الحكمي ، فلوضوح أنّ المال ملكه قبل الاجازة حقيقة فقد تصرّف في ملك نفسه فلماذا نحكم ببطلانها .

وأمّا على الكشف الحقيقي ، فلأنّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية حال العقد للمشتري فيما إذا صدرت ممّن له الاجازة وهو المالك حال الاجازة ، لأنّ إجازة غير المالك لا يعقل أن تكون كاشفة عن الملكية المتقدّمة ، إذ لا أثر لاجازة الجار أو الصديق ونحوهما ، بل لابدّ في الاجازة الكاشفة من أن تصدر عن المالك لولا الاجازة ، وهذا مفقود في مفروض الكلام ، لأنّ المفروض أنه باع ملكه أو وهبه أو أعتقه قبل الاجازة فهو غير مالك للمال لولا الاجازة أيضاً ، وقد عرفت أنّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية فيما إذا صدرت عن المالك لولا الاجازة ، والوجه في ذلك : أنّ الاجازة إنّما اعتبرت من أجل استناد العقد إلى المالك حتّى تشمله العمومات ، لأنّها خطابات للملّاك كما تقدّم والمالك لم يبع قبل الاجازة حتّى تشمله العمومات ، وإنّما يصدق عليه ذلك بالاجازة ، فالاجازة من جهة استناد العقد إلى المالك ، وهي إنّما تسند العقد إليه فيما إذا لم يسبقه استناد آخر إليه ، ومع بيعه أو هبته قبل الاجازة واستناد ذلك إلى المالك سابقاً كيف يستند العقد السابق إليه بالاجازة

فهل يعقل بيع مال مرّتين ، فإذا لم تصح الاجازة بعد هذه الأفعال فلماذا لا نحكم بصحة هذه الأفعال والتصرّفات الواقعة قبلها . وتوهم أنّ الاجازة توجب فساد التصرفات السابقة ، باطل لأنّ صحة الاجازة متوقّفة على فساد تلك التصرفات فلو توقّف فسادها على صحة الاجازة لكان دوراً ظاهراً .

فتحصّل : أنّ الحكم على جميع المسالك هو صحة التصرّفات السابقة على الاجازة فتقع الاجازة لغواً ، وهذا لا من جهة أنّ الاجازة تتعلّق بالعين ولابدّ أن تكون العين باقية حال الاجازة ، بل من جهة أنّ الاجازة لا يبقى لها مجال بعد صحة التصرفات الصادرة من المالك وإن كانت الاجازة كالفسخ والامضاء متعلّقة بالعقد . هذا كلّه في التصرفات الواقعة من المالك على المال الموجبة لتلف العين إمّا حقيقة كالأكل ونحوه وإمّا حكماً كالبيع والهبة والعتق ونحوها ، وقد عرفت أنّها لا تبقي مجالاً للاجازة المتأخّرة لصدورها من أهلها ووقوعها في محلّها فلا محالة تقع الاجازة لغواً . وبالجملة يعتبر في صحّة الاجازة أن يجتمع فيها أمران : البيع والملك وهذان غير مجتمعين في الأمثلة لأنّ المفروض أنه لا بيع حين الملك ولا ملك حين البيع .

ومن هنا يظهر صحة التمسّك بما ورد من النهي عن بيع ما لا يملك كقوله (عليه السلام) : « ... ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه »[1] فإنّ المستفاد منه البطلان إذا لم يكن البيع والشراء في ملك ، بلا فرق بين أن لا يكون مالكاً حين البيع ثم يملك فيجيز أو يكون مالكاً حين العقد ولم يكن مالكاً حين الاجازة ، ففي كلتا الصورتين لا يكون بيعه المستند إليه في ملكه .

والظاهر أنّ الاستيلاد أيضاً من هذا القبيل ، فإذا استولد الأمة بعد البيع وقبل

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥١ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٨ .

الاجازة فتقع الاجازة لغواً ، لأنّ من شرائط المعاملة أن لا يكون المبيع أُمّ ولد وقد عرفت أنّ زمان الاجازة هو زمان البيع للمالك وبها تستند إليه المعاملة وتشمله العمومات لأنّها خطابات للملّاك وقد فرضنا الأمة مستولدة حين البيع فتقع الاجازة لغواً . إلّا أن يقال إنّ الممنوع هو إنشاء البيع على أمّ الولد لا إسناد البيع المنشأ سابقاً .

ومن هذه التصرفات ما لو زوّج الفضولي أمة المالك من شخص ثمّ زوّجها المالك بنفسه من شخص آخر فإنّ التزويج الصادر من المالك عقد صدر من أهله ووقع في محلّه ، وبه تصير الأمة مزوّجة ، ومعه لا يبقى مجال للاجازة المتأخّرة بوجه لأنّ المزوّجة لا تزوّج ، والاجازة هي التزويج في الحقيقة كما عرفت ، هذا كلّه في التصرّفات الواقعة على نفس العين .

وأمّا التصرفات الواقعة على منافعها كما إذا آجرها المالك بعد ما وقع عليها البيع فضولة فهل يلحق ذلك بالتصرفات الواقعة على العين ويوجب إلغاء الاجازة أو لا ؟

ذهب شيخنا الأنصاري(١) إلى أنّ الاجارة كالاستيلاد لا تُبقي مجالاً للاجازة المتأخّرة ، لأنّ ملكية المنافع تابعة لملكية الأعيان والمفروض أنّ الفضولي باع العين من المشتري والمالك ملّك منافعها للمستأجر ، فهما متنافيان لأنّ ملكية العين تستتبع ملكية المنافع وبما أنّ عقد الاجارة صدر من أهله ووقع في محلّه فلذا لا يبقى للاجازة المتأخرة مجال ، هذا .

والصحيح أنه لا تنافي بين البيع والاجارة لاختلاف متعلّقهما ، فيقع كل واحد من الاجارة والاجازة (أي البيع) صحيحاً ، غاية الأمر أنّ المالك بعد ما آجره إذا

(١) المكاسب ٣ : ٤٧٧ .

أجاز البيع الواقع عليه فلا محالة يبيعه مسلوب المنافع إلى مدّة الاجارة ، ولا تنافي بين بيع العين مسلوبة المنافع وبين إجارتها .

نعم للمشتري أن يفسخ المعاملة بدعوى أنّي إنّما اشتريت المال لمنافعه وقد ظهر مسلوب المنافع فله الخيار في الفسخ والامضاء ، هذا كلّه بناءً على النقل . وأمّا على الكشف الحكمي أو الحقيقي فالاجارة والاجازة صحيحتان غاية الأمر أنّ المالك قد فوّت المنافع على المشتري فيضمنها بأُجرة المثل نظير ما إذا أتلفها بسكناها ولعلّه ظاهر .

فتحصّل : أنه لا تنافي بين البيع والاجارة ، نعم لو كان الصادر من الفضولي إجارة أيضاً فتكون منافية للاجارة الصادرة عن المالك .

ومن ذلك يظهر أنه لا تنافي بين البيع والتزويج أيضاً ، مثلاً إذا باع الفضولي أمة المالك من شخص ثم زوّجها المالك من شخص آخر ثم أجاز البيع الواقع على الأمة ، فإنّ كلاً من التزويج والاجازة صحيحان وتنتقل الأمة إلى المشتري مزوّجة ، نعم للمشتري فسخ المعاملة من أجل أنه إنما اشتراها لاستيفاء منافعها لا لمجرّد عتقها ، والمزوّجة غير قابلة للاستيفاء شرعاً فله الخيار في الفسخ والامضاء .

وأمّا الرهن الصادر من المالك بعد ما عقد عليه الفضولي كما إذا باعه الفضولي من المشتري ثمّ رهنه المالك عند المرتهن لأجل الوثيقة في الدَين فهل ينافي ذلك البيع فلا يُبقي مجالاً للاجازة المتأخرة لأنّها بيع للرهن ، أو أنه لا تنافي بينهما وكل واحد من الرهن والبيع صحيحان ؟

الظاهر أنّ ذلك يبتني على مسألة جواز بيع الرهن وعدمه ، فإن اعتمدنا على النبوي الضعيف غير المنجبر بعمل الأصحاب ظاهراً في عدم جواز التصرّف في

الرهن من قوله (صلّى الله عليه وآله) «أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف»[١] فلا ينبغي الإشكال في أنّ الاجازة والبيع تصرّف من الراهن في الرهن فيفسد بمقتضى الرواية النبوية، فيكون الرهن موجباً لالغاء الاجازة المتأخرة.

وأمّا إذا بنينا على جواز بيع الرهن وطرحنا الرواية لضعفها فلا مانع من الالتزام بصحة كل واحد من الرهن والبيع، إذ لا يشترط في الرهن أن يكون من مال الراهن والمديون ويصح أن يكون ملكاً لآخر وقد وضعه عند المرتهن للتوثيق فينقل العين إلى المشتري بوصف كونها رهناً غاية الأمر يتخيّر المشتري بين الفسخ والامضاء لاحتمال عجز المديون عن أداء دَينه وبيع المرهونة لاستيفاء دَين المرتهن.

والصحيح هو الوجه الأخير، أعني صحة بيع الرهن كما عرفت وسيأتي تفصيله في محلّه[٢] إن شاء الله تعالى، هذا.

ثمّ لا يخفى أنّ هذه الأفعال التي ذكرنا أنّها تنافي الاجازة وتوجب لغويتها لا توجب ردّ العقد السابق أبداً، ولا يترتّب عليها أحكام الردّ، فإنّ الردّ يوجب سقوط العقد السابق عن قابلية لحوق الاجازة، وهذا بخلاف هذه الأفعال فإنها تنافي الاجازة وتوجب خروج المالك عن قابلية الاجازة لا أنّها تكون ردّاً وتوجب سقوط العقد عن قابلية الاجازة، فهذه الأفعال تسقط الفاعل عن القابلية وهو المالك، إذ بها يخرج عن كونه مالكاً، لا أنّها تسقط القابل عن القابلية وهو العقد، وكم فرق بين الأمرين.

وتظهر الثمرة فيما إذا قلنا بمقالة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] من أنه لا

---

(١) المستدرك ١٣ : ٤٢٦ / كتاب الرهن ب١٧ ح٦.

(٢) في الصفحة ٣٠٧.

(٣) المكاسب ٣ : ٤٣٤.

يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حال العقد ، فإنّ المشتري من المالك حينئذ له أن يجيز العقد الواقع على المال في ملك مالكه ، فإنّ العقد لم يسقط عن القابلية على الفرض فإذا أجازه المشتري فينتقل الثمن إليه والمثمن إلى المشتري من الفضولي ، نعم ليس للمالك الاجازة لخروجه عن المالكية بهذه الأفعال ، وأمّا المشتري فلا كما عرفت لعدم اشتراط المالكية حال العقد في المجيز ، هذا كلّه في مثل البيع والعتق ونحوهما وقد عرفت حال الرهن والاجارة وأنّهما لا تنافيان الاجازة بوجه .

وقد ظهر من جميع ذلك أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين التفات المالك إلى وقوع العقد الفضولي على المال وعدم التفاته لأنّها ليست ردّاً على كل حال ولا يسقط العقد عن القابلية كما مرّ .

بقي الكلام في مثل البيع الفاسد وعرضه للبيع وهل هما أيضاً ينافيان الاجازة المتأخرة أو لا بالاضافة إلى المالك ، وأمّا بالنسبة إلى المشتري من المالك فقد عرفت أنّ البيع الصحيح لا يوجب سقوط العقد عن القابلية بالاضافة إلى المشتري فكيف بالعقد الفاسد ونحوه ؟

فصّل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بين ما إذا التفت المالك إلى العقد الفضولي وما إذا لم يلتفت إليه ، وأفاد أنّ العقد الفاسد أو التعريض للبيع في الصورة الأُولى يكون مصداقاً للردّ ، لأنّ معناهما أنّي غير راضٍ بما أصدره الفضولي فيشمله عموم أنّ الاجازة بعد الردّ لغو ، وهذا بخلاف الصورة الثانية لأنه جاهل بالعقد الصادر من الفضولي فلا تكون تلك الأفعال ردّاً له ولا يترتّب عليه أحكامه .

وقد استدلّ على ما أفاده في الصورة الأُولى : باطلاقات الأخبار ثمّ ناقش في دلالتها .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٧٩ .

والمناقشة في محلّها لغرابة الاستدلال بالروايات في المقام ، فإن ما ورد[1] في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاهما ، أو ما ورد[2] في من زوّجته أُمّه وهو غائب من أنه إن شاء فعل وإن شاء ترك ، إنّما هو في مقام تجويز الردّ للسيّد أو الابن ، وأمّا أنّ الردّ يتحقّق بماذا فلا نظر فيها إليه أبداً .

وقد استدلّ أيضاً : بأنّ المانع من صحة الاجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي أيضاً وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد .

ويندفع بأنّ ذلك مصادرة منه (قدّس سرّه) لأنّ كون العقد الفاسد أوالتعريض للبيع ردّاً أوّل الكلام .

واستدلّ ثالثاً : بفحوى الاجماع المدّعى على أنّ الفسخ في العقود الخيارية يحصل بالفعل كالوطء والبيع والعتق ، والوجه في الأولوية والفحوى أنّ الفسخ رفع للملكية الثابتة بأسبابها ، والردّ دفع عن حصول الملكية بالعقد الفضولي ، والرفع أشكل من الدفع ، فإذا ثبت أنّ الفعل يوجب الرفع مثلاً فهو يوجب الدفع بطريق أولى ، هذا .

ولا يخفى أنه لا أولوية في المقام ، وذلك لأنّ البيع والعتق إنّما يقتضيان الفسخ في العقد الخياري من أجل أنّ قصدهما حقيقة لا يتحقّق من غير مالك المال والعبد فإنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي لا تتحقّق إلّا بخروج المثمن عن ملك من دخل في ملكه الثمن ، كما أنّ العتق فكّ ملكيته وهذا لا يتحقّق إلّا بكون المعتق ـ بالفتح ـ ملكاً له ، فالبيع والعتق يدلّان بالدلالة الالتزامية على أنه رجع إلى ملكه وفسخ العقد الجائز ، إذ لولاه لما يتحقّق منه قصد شيء من البيع والعتق حقيقة ، وهذا

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ٧ ح ٣ .

بخلاف الردّ فإنّ الملك ملكه حينئذ وليس كالفسخ فإنّ الملك فيه للـمشتري دون المالك ، فتصرّفاته في ملكه لا يحتاج إلى إرجاع الملكية السابقة لأنه ملكه فلا يكون فيها دلالة على ردّ العقد الفضولي ، فلا يمكن قياس الردّ بالفسخ .

وأمّا الوطء ، فلا دلالة فيه على الفسخ أبداً ، إذ لا يتوقّف الوطء على الملك كتوقّف قصد البيع والعتق حقيقة عليه بل يتحقّق بدون الملك أيضاً لامكان الزنا في العالم ، فلعلّه لم يقصد الفسخ بل أراد الزنا ، وحمل فعل المسلم على الصحة إنّما يوجب عدم الحكم بزناه ، وأمّا أنه يوجب حمله على الفسخ فلا ، لأنـه لا يـثبت الصـحة الواقعية كما لا يخفى . نعم الوطء في العدّة الرجعية بنفسه رجوع وإن قصد به الزنـا لأنّها زوجته حقيقة وقصده ذلك ليس بشيء ، لأنه نظير قصد الزنا بزوجته .

فالمتحصّل : أنّ البيع الفاسد أو التعريض للبيع لا يكـون ردّاً كـيف والبـيع الصحيح لا يكفي في الردّ ، كما أنّهما لا يوجبان سقوط المالك عن قابلية الاجـازة لعدم المنافاة بينهما وبين الاجازة ، وهذا بخلاف البيع الصحيح ، لأنّ الصحيح مـنه مؤثّر في الانتقال فتقع الاجازة لغواً ، هذا كلّه في العقود اللازمة .

بقي الكلام في مثل الوصية والوكالة وأنه إذا أوصى لزيد بماله أو وكّله في بيع شيء ثمّ باعه بنفسه ببيع فاسد أو عرّضه للبيع فهل هما يـوجبان بـطلان الوصـية والوكالة أو لا ؟

قد عرفت ممّا ذكرناه في الفسخ بالبيع والعتق أنّ البيع ونحوه من الأفعال لا يوجب الفسخ والردّ في أمثال المقام ممّا لا يتوقّف قصد البيع فيه حقيقة على إرجاع الملكية السابقة لعدم خروجه عن ملكه حتّى يتوقّف على إرجاعها ، فإن كان البيع الواقع على المال صحيحاً فهو منافٍ للوصية والوكالة ومُـعدم لمـوضوعها لا أنـه فسخ ، وأمّا إذا كان فاسداً أو تعريضاً للبيع فهو لا يدلّ على الفسخ كما عرفت ولا ينافيها لعدم كونه مؤثّراً ، فتكون الوصية والوكالة صحيحتين وباقيتين على حالها

ولعلّه ظاهر .

الكلام في أحكام قبض المال ودفعه بعد الاجازة والردّ

لا إشكال في أنه إذا أجاز المالك البيع الفضولي الواقع على ماله فللمشتري مطالبة المال من المالك كما أنه يطالبه من البائع إذا كان المال بيده .

وأمّا إذا ردّه ، فإن كان المال عنده فهو ولا يرجع إلى الغير ولا يطالبه بشيء وأمّا إذا كان عند البائع أو المشتري فله مطالبته ممّن في يده .

وأمّا إذا كان المال تالفاً فقد تقدّم في أحكام الأيادي المتعاقبة وفي أحكام البيع الفاسد أنّ من تلف عنده المال يضمنه بقيمته يوم الدفع على القاعدة ، لأنّ المال إلى ذلك الوقت مضمون عليه ويجب عليه دفع عينه إذا كانت موجودة ، وأمّا إذا كانت تالفة فيلزمه دفع قيمته في ذلك الوقت ، وقد تقدّم تفصيل ذلك سابقاً[١].

نعم ، ذكرنا أنّ ظاهر صحيحة أبي ولّاد أنّ المال مضمون على الغاصب بقيمته يوم الغصب وهو يوم القبض في المقام ، وأمّا إن قلنا فيه بأعلى القيم وفرضنا أنّ قيمة المال عند البائع كانت خمسة دنانير فترقّت عند المشتري وبلغت إلى عشرة دنانير فللمالك أن يطالب المشتري بأعلى القيم لأنّ المال تلف عنده وقيمته عشرة دنانير وأمّا إذا عكسنا الأمر وفرضنا أنّ قيمة المال كانت عند البائع عشرة دنانير ثمّ تنزّلت قيمته حتّى انتهت إلى خمسة دنانير ثمّ سلّمه إلى المشتري ففي هذه الصورة لا يجوز للمالك مطالبة الفوائد من المشتري لأنه إنما كان ضامناً للمال والمفروض أنّ قيمته عنده كانت خمسة دنانير ، نعم لا مانع من أن يرجع إلى البائع بالزيادة فيأخذ منه الزيادة وهي خمسة دنانير أيضاً ، هذا كلّه في نفس المال .

---

(١) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٢٧٣ .

وأمّا منافعه فهي أيضاً مضمونة على من استولى على المال لتبعية المنافع في الضمان لنفس العين ، فهو بأخذه العين قد أخذ منافعها المتدرّجة في الوجود بعد ذلك فيكون ضامناً للعين ومنافعها ، فإن تلفت عند البائع رجع المالك إليه ببدلها وقيمة منافعها ، وإن تلفت عند المشتري فله أن يرجع إلى كل منهما ببدلها وقيمة منافعها المستوفاة بلا إشكال وغير المستوفاة على كلام .

وأمّا الصفات الموجودة في العين ، فإن كانت العين في يد البائع متّصفة بصفة كالخياطة أو الكتابة أو الطبخ أو السمن فزالت عند المشتري ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ المالك يرجع إليه بثمن العين والصفة ، لأنه بأخذه العين قد ضمنها بأوصافها ومنافعها ، والمفروض أنّها تلفت وقد ذهبت معها أوصافها ، أو أنّ العين باقية إلّا أنّ أوصافها زالت عند المشتري فيضمنها لا محالة ، كما أنّ له أن يرجع إلى الغاصب الأول بثمنها وقيمة أوصافها الفائتة عند المشتري .

وأمّا إذا حصلت الأوصاف عند المشتري وقد زالت عنده أيضاً بزوال العين أو لأجل شيء آخر مع بقاء عينها ، فحينئذ للمالك أن يرجع إلى المشتري بتلك الأوصاف ، ولا يجوز له أن يرجع إلى الأول بتلك الأوصاف لعدم حدوثها عنده وعدم تلفها تحت يده .

وقد ذهب شيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)(١) إلى أنّ المالك له مطالبة البائع بتلك الأوصاف أيضاً ، لأنه بأخذه العين قد ضمن للمالك ثمنها وأوصافها ، إلّا أنّا لم نفهم لضمان البائع الأوصاف المتجدّدة عند المشتري والتالفة عنده أيضاً وجهاً ، لأن المفروض أنّ الأوصاف لم تكن تحت يد البائع بوجه وإنّما وجدت عند المشتري وتلفت تحت يده ولم يضمن البائع إلّا العين ومنافعها ، وأمّا هذه الأوصاف المتجدّدة

(١) منية الطالب ٢ : ١٦٠ .

عند المشتري فلا وجه لضمانها أبداً ، وهذا بخلاف المنافع كما عرفت لأنّ البائع بأخذه العين قد أخذ المنافع أيضاً بتبعها ، وأمّا الأوصاف فهي لم تدخل تحت يده في زمان لنحكم بضمانها بوجه ، هذا كلّه حكم المالك ورجوعه إلى المشتري أو البائع .

وأمّا حكم المشتري الذي يدفع البدل إلى المالك بمطالبته أو يدفع بدل العين وقيمة منافعها وأوصافها إليه فهل يجوز له مطالبة البائع بما دفعه إلى المالك من القيمة أو الغرامة أو لا ؟ ففيه مسألتان : إحداهما في رجوعه إلى البائع بالثمن . وثانيتهما : في رجوعه إليه بما اغترمه للمالك من قيمة العين والمنافع والأوصاف .

أمّا المسألة الأُولى فلها صورتان : إحداهما ما إذا كان المشتري جاهلاً بالحال ولم يلتفت إلى أنّ البائع غاصب أو ساهٍ أو مشتبه . وثانيتهما : ما إذا كان عالماً بالحال .

أمّا الصورة الأُولى : فلا إشكال في أنه يرجع إلى البائع بعين ماله إذا كانت موجودة وبقيمته إذا كانت تالفة ، لعموم « على اليد ما أخذت »(١).

لا يقال : إنه كيف يرجع إلى البائع وقد اعترف بأنّ المال ملكه فلذا اشترى منه المال حسب الفرض .

فإنه يقال : هذا الاعتراف يتصوّر على وجوه :

أحدها : أن يكون مستنداً إلى قاعدة اليد وأنه بمقتضاها بنى على أنّ البائع مالك للمال ولذا أقدم على شرائه ، وفي هذه الصورة لا مانع من أن يرجع إلى البائع بما اغترمه من الثمن ، لأنّ هذه البيّنة التي أقامها المالك على أنّ المال ليس ملكاً للبائع توجب سقوط قاعدة اليد في المقام ، فلا مانع من المراجعة إلى البائع أبداً .

وثانيها : أن يكون مستنداً إلى العلم بمالكية البائع خارجاً بحيث يرى البيّنة

---

(١) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب ١ ح ١٢ .

التي أقامها المالك كاذبة ويدّعي استحقاق البائع للمال والثمن ، وفي هذه الصورة لا إشكال في أنّ المشتري مأخوذ على مقتضى علمه ولا يجوز له مطالبة البائع بالثمن لأنه يراه مالكاً للمال ومستحقّاً لما أخذه من الثمن فكيف يسوغ له مراجعة البائع ومطالبته بما هو مالك له باعتقاده .

وثالثها : أن يتردّد بين الأمرين ولم يعلم أنه مستند إلى قاعدة اليد أو العلم وهل تلحق هذه الصورة بالصورة الأُولى في الحكم بجواز المراجعة إلى البائع أو بالصورة الثانية والحكم بعدم جواز مراجعته إليه ؟

نقل شيخنا الأنصاري(١) في ذلك وجهين ولم يرجّح أحدهما على الآخر والظاهر أنّها تلحق بالصورة الأُولى ، لأنّ البيّنة التي أقامها المالك على أنّ المال ملكه حجّة شرعية لابدّ من ترتيب الآثار عليها ، ومنها كون البائع غاصباً للمال وغير مستحق لما أخذه من المشتري ، فله مراجعة البائع ومطالبته بالثمن ، وذلك لأنّ الموجب لالغاء البيّنة في الصورة الثانية إنّما هو العلم واعتقاد المشتري بأنّ البيّنة باطلة ، وهذا غير متحقّق في الصورة الثالثة ، وبذلك نحكم بأنّ المشتري يمكنه مطالبة البائع بما دفعه إلى المالك .

وأمّا الصورة الثانية : وهي ما إذا كان المشتري عالماً بالحال وأنّ البائع غير مالك للمبيع ففيها جهات للكلام .

الجهة الأُولى : في أنّ البائع يملك الثمن بتسليط المشتري أو أنه لا يدخل في ملكه بذلك .

الجهة الثانية : في أنه هل يجوز أن يتصرف في الثمن أو أنّ تصرّفات البائع فيه غير صحيحة لأنّها تصرف في ملك المشتري .

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٨٤ .

الجهة الثالثة : في أنّ الثمن الذي أخذه البائع من المشتري إذا تلف هل يحكم بضمانه للمشتري أو لا ؟

أمّا الجهة الأُولى : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ البائع لا يملك الثمن بتسليط المشتري أبداً ، وحاصل ما أفاده في وجه ذلك يرجع إلى وجوه ثلاثة : الأول : أنه لا مقتضي لصيرورة الثمن ملكاً للبائع أصلاً ، إذ التسليط ليس من أحد المملّكات ، ولم يحصل هناك سبب آخر للانتقال والتمليك . الثاني : أنّ التسليط لو كان موجباً للتمليك شرعاً لاقتضى ذلك التمليك في جميع البيوع الفاسدة مع أنّ التسليط فيها لم يلتزم أحد بكونه موجباً للتمليك . الثالث : أنّ التسليط لو أوجب التمليك فلازمه بطلان المعاملة لعدم صحة الاجازة المتأخرة حينئذ ، لأنّ الثمن قد انتقل إلى البائع بتسليط المشتري إيّاه قبل الاجازة كما مر تفصيل ذلك سابقاً ، هذا .

والصحيح من هذه الوجوه الثلاثة هو الوجه الأول ، إذ لا مقتضي للتمليك بالتسليط ، فإنه ليس من أحد المملّكات شرعاً ، فأكل المال في مقابله أكل للمال بالباطل على ما تقدّم من تفسير الأكل باثبات اليد على المال ، وكون المراد بالباطل الأسباب الباطلة ، فإنّ التسليط حينئذ ليس سبباً للأكل والتملّك شرعاً ، فيكون من باب أكل المال بالسبب الباطل غير الشرعي .

وأمّا الوجه الثاني ممّا أفاده فهو مندفع بعين ما أفاده بعد أسطر من هذا الكلام وملخّصه : أنّ قياس التسليط في المقام على التسليط في البيوع الفاسدة قياس مع الفارق ، فإنّ التسليط في المقام مع العلم بأنّ الآخذ غاصب وغير مستحق للمال تسليط من دون التضمين ، وأمّا في البيوع الفاسدة فالاعطاء للمال من جهة أنه عوض للمبيع فيكون تسليطاً مع الضمان .

وبعبارة أُخرى : البيع الغرري أو الربوي سبب للملكية عند العرف ، وإنّما حكمنا بفسادهما لأجل المنع عنهما شرعاً ، وأمّا في المقام فهو تسليط مجاني وليس

موجباً للملكية عند العرف أيضاً وكم فرق بينهما كما هو ظاهر ، وقد أشار إلى ذلك هو (قدّس سرّه) بعد أسطر فراجع .

وأمّا الوجه الثالث فيدفعه ما ذكرناه سابقاً من أنّ الاجازة إنّما تكشف عن انتقال الثمن إلى المالك قبل تسليط المشتري البائع عليه ، فيكون التسليط حينئذ تسليطاً على مال الغير فلا يوجب التمليك للبائع وذلك ظاهر ، هذا على الكشف .

وأمّا على القول بالنقل فقد أجبنا عن ذلك بأنّ التسليط مراعىً بعدم إجازة المالك للبيع ، فإذا أجاز فهو لا يسلّطه عليه بل يريد المبادلة ونقل الثمن إلى المالك وبما أنّ الشرط وهو عدم إجازة المالك لم يحصل في صورة الاجازة فلا يكون التسليط متحقّقاً للبائع حتّى يوجب التمليك في حقّه . فالمتحصّل أنّ الصحيح في الجواب هو الوجه الأول كما عرفت .

وقد أضاف إلى ذلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) وجهاً رابعاً وجعله هو الصحيح دون شيء من أجوبة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهو أنه هب أنّ التسليط في المقام يوجب التمليك للبائع مثلاً وأنه كالهبة فرضاً إلّا أنه لا ينبغي الإشكال في أنه ملك جائز ولا يزيد على الهبة بوجه ، ولا مانع في الهبة من الرجوع واسترداد العين أبداً ، فللمشتري أن يرجع على البائع فيما وهبه إيّاه بالتسليط وهذا ممّا لا محذور فيه .

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاده لو تم فإنّما يصحّ فيما إذا لم يتصرّف الموهوب له أيّ تصرّف في العين كخياطته أو بيعه أو غيرهما من أنحاء التصرفات ، كما أنه يختص بما إذا لم يكن الموهوب له ذا رحم للواهب وإلّا فالهبة لازمة ولا يمكنه الرجوع في المقام مع أنّ الكلام في جواز رجوعه إلى البائع مطلقاً تصرف فيه أم لم يتصرف

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٦٢ .

كان ذا رحم بالاضافة إلى المشتري أو كان غيره ، فهذا الجواب لا يتم في جميع الموارد كما لا يخفى ، هذا كلّه في الجهة الأُولى .

وأمّا الجهة الثانية : فقد ظهر حكمها ممّا ذكرناه في الجهة الأُولى ، إذ بعد ما لم يتحقّق هناك سبب شرعي لانتقال المال إلى البائع فبأيّ أمر يجوز تصرفاته في ملك الغير مع أنه من مصاديق أكل المال بالباطل وهو حرام ، إذ لم تتحقّق هناك تجارة عن تراض فجميع تصرفاته محكومة بالحرمة والبطلان .

وأمّا الجهة الثالثة : وهي أنه إذا تلف الثمن عند البائع مع علم المشتري بالحال وتسليط البائع على المال فهل يحكم بضمان البائع له أو أنه غير ضامن للثمن لأنّ المشتري سلّطه عليه مع علمه بالحال ؟ المشهور أنّ البائع غير ضامن له ، وذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] وتبعه شيخنا الأُستاذ[٢].

وقد استدلّ عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ الدليل الموجب للضمان أمران : أحدهما قاعدة « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه » المرتكزة عند العقلاء حيث إنّهم يرون أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه موجباً لضمانه . وثانيهما : الاقدام على الضمان كما ذكره الشيخ[٣] والشهيد الثاني[٤] (قدّس سرّهما) في المقبوض بالبيع الفاسد كما تقدّم تفصيل ذلك سابقاً في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وشيء من الأمرين غير متحقّق في المقام .

أمّا اليد فلأنّها وإن كانت متحقّقة في المقام إلّا أنّها لا تقتضي الضمان في جميع

(١) المكاسب ٣ : ٤٨٥ ـ ٤٨٩ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٦٣ فما بعدها .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٥ ، ٨٩ .

(٤) المسالك ٣ : ١٥٤ .

مواردها ، لما ورد في غير واحد من الأخبار[1] من أنّ من استأمنه المالك على ماله فهو غير ضامن للمال كما في مثل الوديعة والعارية والاجارة ، وهذه الأخبار تقتضي عدم الضمان في المقام بطريق أولى ، إذ الاستئمان لو كان ملغياً للضمان فالتسليط في المقام يقتضي إلغاءه بالفحوى والأولوية ، لأنّ المالك في موارد الاستئمان لا يجوّز التصرف فيه ولا يسوّغ إتلافه كما في الوديعة ونظائرها ومع ذلك يوجب ذلك عدم الضمان ، ففي المقام الذي قد أجاز المالك التصرف في ماله على نحو الاطلاق بل قد سوّغ له الاتلاف بالتسليط لابدّ من الالتزام بعدم الضمان بالأولوية وذلك ظاهر . والمتحصّل أنّ قاعدة اليد مخصّصة بموارد الرضا المالكي كما عرفت .

وأمّا الاقدام فهو أيضاً مفقود في المقام ، لأنّ البائع لم يقدم على الضمان بل إنّما سلّطه المشتري على ماله مع العلم بالحال وأنه غير مستحق للمال ، ومن هنا يظهر الفرق بين المقام وبين سائر البيوع الفاسدة حيث إنّ المتعاملين في البيوع الفاسدة قد أقدما على الضمان غاية الأمر أنّ الشارع حكم بالفساد لفقد شرط من الشرائط المعتبرة في صحّتها ، وهذا بخلاف المقام إذ لا إقدام منهما على الضمان فيكون التسليط مجّانياً ولا يكون البائع ضامناً للثمن عند التلف .

ثمّ أورد نقضاً على نفسه بأنّ ذلك يقتضي عدم الضمان مطلقاً ولو مع جهل المشتري بالحال فإنه إنّما يتخيّل أنه مالك للمال فيعطيه الثمن في مقابل المثمن ، وأمّا في الواقع فهو غير مستحقّ للمال ، فالتضمين خيالي صوري لا حقيقي واقعي . وأجاب عنه بأنّ المشتري في صورة جهله بالحال إنّما يضمّن شخص البائع للمال ولا يسلّطه على ملكه مجّاناً ، وهذا بخلاف ما إذا علم بالحال فإنه مع ذلك إذا دفعه إليه فهو

---

(١) الوسائل ١٩ : ٧٩ / كتاب الوديعة ب ٤ ، وص ٩١ / كتاب العارية ب ١ ، وب ٢٨ ، ٣٢ من كتاب الاجارة .

تسليط مجّاني لا محالة ، فيكون ضامناً له في الصورة الأُولى لأنّه إنّما دفعه إليه لبنائه على أنه مالك للمبيع .

ثمّ استشكل على نفسه بأنّ المشتري في صورة علمه بالحال أيضاً لا يسلّطه على ماله مطلقاً وبلا عوض بل إنّما يدفعه إليه ببناء أنه المالك للمال ، إذ لولا ذلك البناء لفسدت المعاملة قطعاً ولم يتحقّق مفهوم المعاوضة والمبادلة بوجه ، وهذا البناء على كونه مالكاً وإن كان ادّعائياً إلّا أنّ دفع الثمن إليه في مقابل المثمن حقيقي فالتضمين ودفع المال في مقابل المثمن حقيقي وإن كان ذلك مبنياً على أمر ادّعائي .

وأجاب عن ذلك : بأنّ العمدة في وجه تصحيح بيع الغاصب هو ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال من دون أن يكون فيها نظر إلى المالكين ، وبما أنّ المبادلة متحقّقة حسب الفرض فإذا أجازها المالك تقع المعاملة له لا محالة ، فالتضمين في الحقيقة إنّما هو بالاضافة إلى مالك المال ، وأمّا البائع فلا تضمين له من المشتري مع فرض أنه عالم بأنّ البائع غير مستحق للمال ومعه كيف يضمّنه على المال ولعلّ ذلك ظاهر ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في وجه عدم الضمان .

وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) وإن كان قد ناقش في بعض كلماته إلّا أنه موافق معه في أصل الطلب .

والتحقيق كما أشرنا إليه في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أنّ الموجب للضمان ليس إلّا قاعدة اليد المرتكزة عند العقلاء ، وأنّ إثبات اليد على مال الغير يقتضي ردّه إلى مالكه ، وأمّا الاقدام فلم يثبت أنه يوجب الضمان وإن ذكره الشيخ والشهيد الثاني (قدّس سرّهما) إلّا أنّه لم يعلم أنّ الوجه في استدلالهما بالاقدام هو أنه من أحد أسباب الضمان ، أو أنّ الوجه فيه ما سنشير إليه عن قريب إن شاء الله تعالى . وبالجملة أنّ إثبات اليد على شيء يقتضي ردّه إلى مالكه وإن لم يكن

هناك إقدام على الضمان أصلاً ، وهما إنّما استدلّا على الضمان بالاقدام في البيع الفاسد بعد ذكر قاعدة اليد تتميماً للاستدلال بتلك القاعدة لأنّها مشروطة بعدم التسليط المجّاني وإلغاء المالك احترام ماله ، لا أنّهم ذكروه دليلاً للضمان بالاستقلال .

وكيف كان ، فالقاعدة هي المقتضية للضمان فلابدّ من ملاحظة أنّها متحقّقة في المقام أيضاً أم غير متحقّقة ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ اليد ثابتة في المقام وإنّما الكلام في أنّها من جهة التسليط المجّاني حتّى لا توجب الضمان ، أو من جهة التسليط مع الضمان لبنائهما على البيع الفاسد ، وهذا هو مدار البحث في المقام ، ولكنّه قد سقط من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولا ينبغي الشكّ في أنّ المشتري إنّما يسلّط البائع على المال لبنائه على ذلك البيع الفاسد كما في غيره من البيوع الفاسدة مع علمهما بالحال ، فهو إنّما يعطي ليأخذ المثمن لا أنه يسلّط البائع عليه مجّاناً ، فالتسليط تضمّني ولولا ذلك للزم الالتزام بأنّ ما يدفعه المتقامران ويأخذاه موجب لالغاء الضمان لعلمهما بأنّ الآخذ غير مستحق للمال مع أنّا نلتزم بالضمان فيه من أجل أنّه إنّما يدفعه إليه لبنائهما على ذلك الأمر الفاسد فيعطي ليأخذ المثمن في المقام ، بل لو كان هذا التسليط مجّانياً فلماذا التزم هو (قدّس سرّه) في الجهة الثانية بحرمة تصرفات البائع في الثمن ، فهل يكون التصرف فيما أجازه المالك حراماً ، وليس ذلك إلّا من أجل أنّ المشتري إنّما سلّطه عليه لبنائه على المعاملة الفاسدة حتّى يأخذ المثمن فتكون اليد موجبة للضمان كما هو ظاهر .

ومن هنا ظهر الفرق بين المقام وبين ما إذا سلّط المشتري ثالثاً على المال ، فإنّ اليد فيه غير ضمانية وإنّما هو تسليط مجّاني ، ولا يقاس ذلك بما إذا سلّط البائع على المال لبنائه على المعاملة ، فإنّ التسليط حينئذ في مقابل المثمن لا أنه تسليط مجّاني .

كما أنه ظهر الفرق بين المقام وبين البيع بلا ثمن والاجارة بلا اُجرة حيث ذكرنا في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أنّ البيع بلا ثمن وكذا الاجارة بلا اُجرة

هبة غير معوّضة في الحقيقة غاية الأمر أنه عبّر عن الهبة بالبيع أو الاجارة مجازاً ، لا أنه بيع أو إجارة ، وهذا بخلاف المقام فإنّ البيع فيه في مقابل الثمن وإنّما أعطاه إلى البائع ليتملّك المثمن ، فلا ضمان في البيع بلا ثمن والاجارة بلا اُجرة دون المقام .

وأمّا دعوى أنّ البيع بلا ثمن وكذا الاجارة بلا اُجرة موجب للضمان ، إذ كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فغير مسموعة لما أشرنا إليه هناك بأنّ هذا الكلام لم يرد في آية ولا في رواية ولا وقع معقد إجماع وإن أتعب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) نفسه في توضيح معناه وتفسير ألفاظه ، فلا منشأ له ولا يمكن الاستدلال به على الضمان في مورد أبداً ، بل المناط لو أردنا تطبيق تلك الكبرى غير المسلّمة على المقام أن يقال إنّ كل عقد شخصي لو كان صحيحاً كان موجباً للضمان ففاسده أيضاً يوجب الضمان ، وهذا العقد لو كان صحيحاً لم يكن موجباً للضمان فلا يوجب فاسده ذلك أيضاً ، إلّا أنّ شيخنا الأنصاري لا يرضى بهذا الاحتمال في معنى القاعدة فراجع .

فالمتحصّل ممّا ذكرناه : أنّ تسليط المشتري البائع الغاصب على المال إنّما هو مبني على ذلك البيع الفاسد لا أنه تسليط مجّاني ، فعند التلف يضمنه لا محالة ، نعم في الموارد التي لا يكون فيها مبادلة ولو بنظر العرف كما إذا باع الحرّ من شخص فانه لا مالية للحرّ عند العرف والعقلاء فلا محالة يكون دفع المال إلى بائع الحرّ مثلاً مع العلم بالحال تسليطاً له على المال مجّاناً ، إذ المعاملة تتقوّم بالمبادلة بين المالين ولا مبادلة بينهما فرضاً ، إذ لا يدخل الحرّ في ملك المشتري بالمعاملة فيكون تسليط البائع على المال تسليطاً مجّانياً لا محالة .

وأمّا فيما إذا كان المبيع مالاً عند العرف والعقلاء وإن ألغى الشارع ماليته بالاضافة إلى المسلمين كما في الخمر والخنزير فدفع الثمن في مقابله تسليط مبني على المعاوضة الفاسدة وموجب للضمان لا محالة ، فإنّ الخمر مال عند العقلاء ، نعم قد

أسقط الشارع ماليته بالاضافة إلى المسلمين ، فلذا لو أتلف أحد خمر ذمّي يضمنه اللهم إلّا أن يتعدّى من الوظائف المجعولة له كما إذا باعه من ذمّي آخر علناً لا سرّاً وذلك ظاهر ، ومن هذه الموارد ما نحن فيه فإنّ المبيع مال عند العرف والعقلاء وإن ألغى الشارع ماليته بالاضافة إلى الغاصب البائع ، فيكون تسليط المشتري ذلك الغاصب على الثمن مبنياً على المعاملة الفاسدة وهو لا يرضى بالتصرّف فيه في غير صورة المعاوضة ، فلم يرد تخصيص على قاعدة اليد في المقام وهي شاملة له ، لأنّ التسليط لم يكن مجانياً حتّى لا يوجب الضمان فلا تغفل .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ذكر اُموراً بعد حكمه بعدم الضمان في المقام **منها** : أنّ ما ذكرناه من عدم الضمان إنّما هو فيما إذا سلّطه المشتري على المال بأن دفعه إليه بنفسه ، وأمّا إذا أخذه البائع بعد المعاملة من دون أن يدفعه إليه المشتري فلا محالة يحكم فيه بالضمان ، إذ البيع بمجرده ليس تسليطاً على شيء فما لم يدفعه إليه المشتري لا يكون في البين تسليط .

ومنها : أنّ ما ذكرناه من عدم الضمان في المقام لا يفرّق فيه بين أن يكون الثمن الذي سلّطه المشتري عليه أو المثمن الذي سلّطه البائع عليه فيما إذا كان المشتري غاصباً ، عيناً شخصية وبين أن يكون كلّياً قد شخّصه المشتري في شيء ودفعه إلى البائع ، لأنه تسليط مجّاني في كلا الموردين غير موجب للضمان .

ومنها : أنّ المشتري إذا سلّطه على الثمن بشرط أن يجيزه مالك المال ، وأمّا إذا رجع إليه فهو أيضاً يرجع إلى البائع بالثمن ، فلا مانع في مثله من الالتزام بالضمان لأنه تسليط غير مجّاني فإذا تلف عنده فيحكم بضمانه ، هذا .

وقد ذكر (قدّس سرّه) قبل هذه الفروع فرعاً آخر وهو أنّ ما ذكرناه من الحكم

---

(١) المكاسب ٣ : ٤٩٢ .

بعدم الضمان إنّما هو فيما إذا باعه البائع الغاصب لنفسه ودفع المشتري الثمن إليه مع علمه بالحال ، وأمّا إذا باعه للمالك فدفع المشتري الثمن إليه ليوصله إلى مالك المال ثمّ تلف المال عند البائع قبل أن يوصله إلى المالك ففيه نحكم بضمان البائع ، فيجب عليه دفع قيمته لا محالة ، لأنه واسطة في الايصال ولم يأذن المشتري في تصرفه فيه وإتلافه ، فإذا تصرّف فيه أو أتلفه فلا محالة يكون ضامناً للمال ، هذا .

ولكنّا لم يسعنا توجيه ما أفاده (قدّس سرّه) في هذه المسألة ، لأنه (قدّس سرّه) إن أراد الضمان بالاتلاف فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنه خارج عن محل الكلام والكلام إنّما هو في ضمانه عند التلف لا الاتلاف ، فإذا فرضنا أنّ المال قد تلف بآفة سماوية كالسرقة ونحوها فكيف يمكن الحكم بضمان الواسطة مع أنه أمين قد دفعه إليه المشتري حتّى يوصله إلى المالك ولا ضمان على الأمين ، بل الحكم بعدم الضمان في هذه المسألة أولى من الحكم بعدم الضمان فيما نحن فيه ، لما مرّ من أنّ تسليط المشتري الغاصب على المال مبني على المعاوضة ولا يرضى بتصرّفاته فيه في غير هذه الصورة ، فلابدّ من الحكم فيه بالضمان ، وأمّا في هذه المسألة فالبائع أمين وواسطة في الايصال فبأيّ وجه يحكم بضمانه حينئذ ، إذ لا مضمّن في الأمين ، فالمسألتان متعاكستان وياليته قد عكس الأمر وحكم فيما نحن فيه بالضمان دون هذه المسألة هذا كلّه في أنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن الذي دفعه إلى البائع عند رجوع المالك عليه بالعين .

وأمّا[1] أنه يرجع إليه بالغرامات الزائدة على الثمن التي قد اغترمها للمالك أم لا ، فتفصيل الكلام فيها : أنّ الغرامة التي اغترمها المشتري ، إمّا أن تكون في مقابل العين كما إذا اشتراها المشتري من الغاصب بعشرة وكانت قيمتها السوقية في ذلك

(١) [هذه هي المسألة الثانية ، وقد تقدّمت المسألة الأُولى في الصفحة ٧٤] .

الزمان عشرين وقد اشتراها المشتري بأرخص من قيمتها كما هو الأغلب في الأموال المسروقة حيث يبيعها السارق بأرخص من قيمتها السوقية فرجع إليه المالك وأخذ منه العشرين وهو زائد عن الثمن بعشرة ، أو فرضنا القيمة السوقية حال الاشتراء عشرة ثمّ ترقّت وبلغت إلى عشرين وأخذ المالك ذلك من المشتري .

وإمّا أن تكون الغرامة في مقابل المنافع دون نفس العين كما إذا سكنها مدّة فرجع إليه المالك بقيمة تلك المنافع التي قد استوفاها المشتري منه أو أزيد أو أقلّ هذا في المنافع المستوفاة .

وإمّا أن تكون الغرامة في مقابل المنافع التي لم يستوفها المشتري بعد ، وكذا ما صرفه من الأموال ولم يرجع إليه نفعه ، كما إذا صرف مالاً في غرس الأشجار في الأرض أو في اجراء القنوات أو في تسوية الأرض ولم يستوف شيئاً في مقابلها وهذه مسائل ثلاثة .

والكلام فعلاً في المسألة الأخيرة والغرامة الواقعة في مقابل المنافع غير المستوفاة وما صرفه من الأموال وأنّ المشتري هل يرجع بها على البائع أو لا ؟

ربما يحكم بالرجوع على البائع في مثل هذه الغرامة بقاعدة لا ضرر وأنّ الحكم بعدم رجوعه إليه ضرر على المشتري . ولكنّك عرفت في قاعدة لا ضرر أنّها لا تشمل الموارد التي يوجب جريانها فيها ضرراً على الآخرين ويكون إضراراً على الغير ، والمقام من هذا القبيل حيث إنّ الحكم برجوع المشتري على البائع ضرر على البائع وإضرار في حقّه ، فالقاعدة لا تشمل المقام .

وأمّا الاستدلال بقولهم : إنّ السبب أقوى من المباشر في الحكم برجوع المشتري إلى البائع ، ففيه : أنّ الفعل الخارجي إذا استند إلى السبب في الحقيقة كما إذا حفر بئراً في وسط الطريق فوقع فيه أحد في ليلة ظلماء فإنه يصدق أن يقال إنه قتله ومنه تغريم شاهدي الزور لأنّهما أوجبا قتل أحد أو غرامته وكما إذا كان المباشر

مسلوب الشعور والقدرة والاختيار كما إذا أعطى سكّيناً بيد صبي أو مجنون وقال أدخله في بطن هذا النائم، وكذا إذا فتح باب قفص فطار الطائر، ففي مثل ذلك كلّه لا مانع من المراجعة إلى السبب، إلّا أنّ ذلك غير متحقّق في المقام.

وأمّا فيما إذا كان السبب من قبيل المعدّات للفعل الصادر من المباشر لشعوره واختياره كما إذا شوّقه وحركّه إلى قتل أحد فقتله باختياره أو التمس منه شرب خمر فشربه بارادته ففي أمثال ذلك لا دليل على أخذ السبب بالقصاص ونحوه وإن كان عاصياً في مثل التحريك على فعل المحرّمات، وهذا الكلام أعني أنّ السبب أقوى الخ ليس آية ولا رواية والمقدار الصحيح منه ما أشرنا إليه، فلا يمكن الاستدلال بذلك في المقام، لأنّ البائع من أحد معدّات أفعال المشتري لا أنه علّة تامّة لها.

نعم، ربما يستدلّ في المقام بقاعدة الغرور وهي ما ورد في بعض الأخبار(١) من أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه، وهي وإن كانت ضعيفة إلّا أنّها منجبرة بعمل الأصحاب، وإن استشكلنا في الانجبار بحسب الصغرى والكبرى في بحث الشهرة(٢) إلّا أنّها على تقدير تماميتها تكون المضمّنات ثلاثة: قاعدة اليد والاتلاف، والغرور.

ولكن أشرنا إلى أنّ الرواية الواردة في قاعدة الغرور ضعيفة السند وقد عرفت في محلّه أنّ الرواية الضعيفة لا تنجبر بعمل الأصحاب فلا يمكن الاعتماد عليها في المقام. بل لو قلنا بالانجبار بعمل الأصحاب في الأخبار الضعاف أيضاً لا يمكننا الالتزام بصحّة الرواية في المقام، لما فيه من الخصوصية المانعة عن الانجبار وهي أنّ القائلين برجوع المشتري على البائع بما اغترمه في مقابل المنافع غير المستوفاة إنّما

---

(١) ستأتي مصادرها في الصفحة الآتية.

(٢) راجع مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧): ٢٣٥.

استندوا إلى الأخبار الواردة في ذلك لا إلى تلك الرواية الدالّة على أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه ، فلم يتحقّق صغرى الانجبار بعمل الأصحاب ، هذا .

مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال إنّ هذه القاعدة على إطلاقها ممّا لا يمكن الالتزام به ، وذلك لأنّ أحداً إذا شوّق آخر إلى شراء شيء بأنه ستترقّى قيمته وأنّ له مشترين كثيرين في البلد ، وبتشويقه ذلك اشتراه المشتري ثمّ انكشف أنه لا مشتري له في البلد أصلاً وأنّ قيمته لم تترقّ بوجه ، فهل يفتي فقيه بضمان ذلك المشوّق للمشتري بدعوى أنه غرّه في المعاملة .

فالمتحصّل أنّ هذه القاعدة ممّا لا يمكن الاستدلال بها في المقام .

وأمّا الأخبار التي استدلّ بها القائلون برجوع المشتري على البائع بالغرامات ، فهي ما ورد[1] في أنّ من زوّج امرأة عوراء أو بها أحد العيوب المجوّزة للفسخ من شخص آخر مع علمه بالحال يغرم مهرها ولا شيء على زوجها ، لأنّ المزوّج قد غرّه بذلك ، أو من زوّج أمة من شخص آخر وكان عالماً بالحال فعليه مهرها ولا شيء على زوجها ، وهكذا .

إلّا أنّ هذه روايات خاصّة قد وردت في خصوص المزوّج العالم بالحال فلا يمكننا التعدّي منها إلى سائر الموارد أبداً ، بل لا نتعدّى منها إلى غير مهرها أيضاً كما إذا اغترم زوجها بكراء دار أو بصرف أموال كثيرة ، وإنّما نقتصر على خصوص المهر لأجل تلك الأخبار .

وقد يستدلّ على رجوع المغرور إلى الغارّ في جميع الموارد بما ورد في بعض هذه الأخبار من التعليل بقوله « كما غرّ الرجل وخدعه » في خبر اسماعيل بن

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢١١ / أبواب العيوب والتدليس ب٢ ح١ ، ٢ وغيرهما .

جابر[١] وقوله (عليه السلام) في خبر رفاعة « وإنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها »[٢] فيتعدّى من التعليلين إلى جميع موارد الغرور.

إلّا أنّ الاستدلال بهما على المدّعى ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لأنّ الرواية الأُولى ضعيفة السند بمحمّد بن سنان وهو ممّن ضعّفه بعض أهل الرجال وإن وثّقه بعضهم أيضاً إلّا أنّ المُراجع إلى قضاياه يرى أنّ الحقّ مع النافين لوثاقته وأنّ توثيق من وثّقه لا يرجع إلى شيء، وقد نقل عنه أنه أوصى بعدم نقل رواياته حين وفاته معلّلاً بأنّها ممّا أخذه من أهل السوق لا من أهلها.

كما أنّ الثانية ضعيفة بسهل بن زياد لأنه أيضاً ممّن لم يوثّقوه في الرجال فلا يمكن الاستدلال بها. وأمّا التعليل المذكور فيهما فهو إنّما يقتضي التعدّي منهما إلى كل من غرّ آخر في الزواج برجوعه إلى المزوّج في المهر لأنه المذكور في الروايتين لا إلى جميع موارد الغرور ولعلّه ظاهر.

وأمّا قيمة الولد في رواية إسماعيل بن جابر التي حكم (عليه السلام) بدفع المزوّج القيمة إلى موالي الوليدة فهو من أجل أنّ الوطء بما أنه وقع صحيحاً لأنه وطء شبهة يوجب إلحاق الولد بأبيه وهو من منافع الأمة قد ضيّعها المزوّج على موالي الأمة، فلذا يؤخذ قيمته الولد منه.

فالمتحصّل: أنه لا يمكن الاستدلال بهذه الأخبار على قاعدة الغرور في جميع الموارد لما عرفت فلا وجه للاعادة، هذا.

ثم إنّ رجوع المغرور إلى من غرّه في المعاملات ونحوها على تقدير الالتزام به إنّما هو فيما إذا كان البائع عالماً بالحال، وأمّا إذا كان مشتبهاً أو معتقداً أنّ المال له فلا

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٢٠ / أبواب العيوب والتدليس ب٧ ح١.

(٢) الوسائل ٢١ : ٢١٢ / أبواب العيوب والتدليس ب٢ ح٢.

تشمله القاعدة بوجه ، لما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى من أنّ الغرور والخديعة والتدليس إنّما تتحقّق مع علم الغارّ بالحال وإلّا فلا يصدق الغرور ونظائره مع الجهل أبداً ، مع أنّ القائلين برجوع المغرور إلى الغارّ يلتزمون بذلك مطلقاً .

وعلى ما ذكرناه فلا وجه لما ذكره السيّد الطباطبائي في حاشيته[١] من أنّ المغرور يرجع إلى الغارّ مطلقاً . وبالجملة لا دليل على ثبوت تلك القاعدة في جميع الموارد بوجه .

وأمّا رواية جميل[٢] فلا تعرّض فيها لقاعدة الغرور أبداً وإنّما دلّت على أنّ مالك الأمة يأخذ الجارية وأنّ المبتاع يدفع إليه قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه ، وقد عرفت آنفاً أنّ الولد من منافع الأمة كغيرها من الحيوانات ، والمنافع تابعة للأُمّ في الملكية إلّا أنّ البائع لمّا باعها من المشتري وأوجب ذلك صحة الوطء منه لأنه وطء شبهة وهو يلحق الولد بأبيه فقد ضيّع تلك المنفعة على مالك الأمة ، فلذا حكم (عليه السلام) برجوعه إلى البائع في المقام ، وهذا حكم ثبت في مورده ولا وجه للتعدّي منه إلى غيره ، وهذا خارج عن المنافع المستوفاة وغير المستوفاة بالدليل ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] من أنّ الولد إمّا أن يعدّ من المنافع غير المستوفاة فهو عين محل الكلام ، وإمّا أن يعدّ من المنافع المستوفاة فيدلّ على ثبوت الحكم في المنافع غير المستوفاة بطريق أولى ، وذلك لأنّ الولد سواء كان من المستوفاة أو من غيرها إنّما خرج بالنصّ ، وهذا لا يقتضي التعدّي منه إلى جميع المنافع المستوفاة أو غير

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٧٩ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٠٥ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح٥ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٩٤ ـ ٤٩٥ .

المستوفاة .

وأمّا ما أفاده من أنّ توصيف قيمة الولد بقوله « التي أُخذت منه » فيه نوع إشعار لعلّية الحكم ، بمعنى أنّ الأخذ منه علّة لرجوعه إلى البائع ، والعلّة تعمّم الحكم إلى جميع موارد الأخذ ، فهو من غرائب الكلام ، لأنّا لو فرضنا أنّ التوصيف صريح في علّية الأخذ للحكم لما أمكن التعدّي منه إلى غيره فضلاً عمّا إذا كان مشعراً بذلك والوجه في ذلك ما سنبيّن في بحث تعاقب الأيادي عن قريب إن شاء الله تعالى من أنّ رجوع كل ضامن إلى ضامن آخر إنّما هو فيما إذا أخذ المالك منه المال المضمون عليه ، وأمّا قبل أخذه فلا يمكنه الرجوع إلى الآخر أبداً ولو مع العلم بأنه سيأخذ قيمته منه ، وفي المقام أيضاً إنّما يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع فيما إذا أخذ المالك من المشتري قيمة الولد ، وأمّا قبله فلا شيء حتّى يرجع به المشتري إلى البائع وهذا هو الوجه في توصيف الإمام (عليه السلام) القيمة بكونها ممّا أُخذت منه فلا يمكن منه التعدّي إلى جميع موارد الأخذ أبداً ، بل الأخذ في هذا المورد يوجب الحكم برجوع المشتري إلى البائع لا مطلقاً كما لا يخفى ، واستفادة العلّية من ذلك نظير استدلال الشافعية على عدم الزكاة في معلوفة الإبل بقوله (عليه السلام) « في الغنم السائمة زكاة »[1] فإنّ السوم ليس علّة للزكاة مطلقاً بل في خصوص الغنم كما لا يخفى فهو لا يدلّ على نفي الحكم عن غير موارد السوم مطلقاً ولعلّه ظاهر ، هذا .

مضافاً إلى أنّ في توصيف القيمة بكونها ممّا أُخذت من المشتري فائدة أُخرى وهي أنّ قيمة الولد تختلف باختلاف الأماكن والحالات والبلدان ، فإذا رجع المالك إلى المشتري بقيمة الولد فلا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بأعلى القيم

---

(١) ورد مضمونه في الوسائل ٩ : ١١٨ / أبواب زكاة الأنعام ب٧ ، المستدرك ٧ : ٦٣ / أبواب زكاة الأنعام ب٦ ح١ .

المتبادلة للولد ، بل إنّما يرجع إليه بخصوص القيمة التي أخذها المالك من المشتري لا بقيمة أُخرى زائدة عليها كما لا يخفى ، هذا .

فالمتحصّل : أنّ الرواية حجّة في خصوص موردها فقط لتماميتها دلالة وسنداً .

ولا يصغى إلى احتمال كون بعض الرواة(١) في سلسلة السند فطحياً ضعيفاً . نعم يمكن أن يقال : إنه كان فطحياً سابقاً ثم رجع إلى الحقّ ، فالرواية قوية السند بلا تأمّل ، هذا كلّه في رواية جميل .

وأمّا رواية زرارة(٢) فهي ساكتة عن رجوع المشتري على البائع وليست في مقام البيان من هذه الجهة وإنّما دلّت على أنه يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه عن قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها ، وعلى فرض إطلاقها من ناحية أخذ قيمة الولد فنقيّدها بالرواية المتقدّمة من هذه الجهة .

وأمّا رواية زريق(٣) فهي أيضاً لا دلالة فيها على حكم رجوع المشتري إلى البائع وإنّما دلّت على حكم رجوع المالك إلى المشتري وحكم رجوع المشتري إلى المالك ، أمّا رجوع المالك إلى المشتري فهو بالنسبة إلى الأرض على ما كانت عليه من الغرس والزرع ونحوهما ، فإذا كانت فيها أشجار قد غرسها والمشتري قلعها فيجب عليه أن يردّ الأرض مع تلك الأشجار أو الزرع أو البناء وهكذا ، أو يدفع إليه قيمة تلك الأشياء ، أمّا الزرع أو البناء اللذان أوجدهما المشتري في تلك الأرض فبالنسبة إلى الزرع يمكنه أن يصبر إلى أوان الحصاد ، ولا يجوز للمالك أن

---

(١) [وهو معاوية بن حكيم . راجع معجم رجال الحديث ١٩ ـ ٢٢٢ / ١٢٤٧١] .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٠٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٨٨ ح٤ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٤٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٣ ح١ .

يطالبه بتفريغ أرضه منه لأنه يوجب تلف الزرع لا محالة ، وأمّا البناء فللمشتري أن يهدمه ويأخذ أثاثه وأسبابه كما أنّ للمالك أن يأخذه منه بقيمته وكذلك في الزرع وقد ذكر (عليه السلام) أنّ كل تصرّف صدر من المشتري لاصلاح الأرض أو دفع النوائب عنه كما إذا بنى فيها سدّاً لدفع السيل ونحوه يرجع بها إلى المالك ، ولم يتعرّض فيها لحكم رجوع المشتري إلى البائع بوجه .

فالمتحصّل : أنّ قاعدة الغرور لم يدلّ عليها دليل ولا أساس لها بوجه لما تقدّم وعرفت ، وأمّا الروايات الخاصّة فهي إنّما وردت في موارد خاصّة كضمان المزوّج للمهر فيما إذا زوّج أمة بعنوان أنّها حرّة ، وكضمان المزوّج أيضاً لقيمة الولد ، وأمّا في غيرهما فلم يثبت رجوع المغرور إلى الغار أبداً وإن كانت القاعدة مشهورة بينهم بل ادّعي الاجماع عليها كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وعليه فلا وجه لرجوع المشتري في المنافع غير المستوفاة على البائع بوجه ، وكذلك في المنافع المستوفاة بطريق أولى .

نعم يمكن أن يفصّل في المقام بين المنافع التي يضمنها البائع وبين المنافع التي لا يضمنها البائع ، وذلك لأنّ المنافع على قسمين : فقسم منها ما يضمنه البائع لا محالة كحيثية الدار للمسكونيّة فإنّ البائع بوضع يده على العين قد وضع يده على منافعها بالتبع وللمالك أن يرجع على البائع بالعين وبمنافعها لا محالة . وقسم منها ما لا يضمنه البائع بوجه ، وهذا كما إذا كان العين حيواناً فاستولد عند المشتري فولد شاة وهي منفعة يضمنها المشتري دون البائع لعدم تسلّطه عليها في زمان ، وكذا الخسارة التي يخسرها المشتري كضريبة الحكومة من الأرض فإنها ممّا لا يضمنه البائع لا محالة ففي القسم الأول إذا رجع المالك إلى المشتري فله أن يرجع إلى البائع بما اغترمه للمالك دون القسم الثاني ، وذلك لأنّ المالك كما سنبيّن في الأيادي المتعاقبة يمكنه الرجوع إلى كل واحد ممّن وقعت العين تحت يده ، وهو أيضاً يرجع إلى الثاني وهو

إلى الثالث إلى أن ينتهي إلى من تلفت عنده العين وهو لا يرجع إلى أحـد ، وقـد استشكل هناك بأنّ المال الواحد كيف يضمنه الأشخاص المـتعدّون ، فـإنّ الضمان بمعنى اشتغال الذمّة بالمال ، فمثل خمسة قرانات كيف يثبت في ذمّة أشخاص متعدّدة لأنّ معناه أنّ ذمّة هذا الشخص مشغولة بخمسة قرانات وذمّة الثاني أيضاً مشغولة بها مع أنّ المال ليس إلّا خمسة قرانات ، ولكن صحّحناه في محلّه على نحو الواجب الكفائي بناء على جريانه في الأحكام الوضعية أيضاً ، فذمّة أحدهم إذا فرغت تفرغ ذمم الباقين أيضاً .

إلّا أنه يقع الإشكال بعد ذلك في أنه لماذا يرجع من استفرغ ذمّته بأدائه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا ، وقد أجبنا عن ذلك أيضاً بأنّ المال بعد أداء قيمته أو مثله ينتقل إلى ملك ذلك المؤدّي للسيرة العقلائية المرتكزة عندهم ، فإنه إذا أتلف فراش الغير تكون الأجزاء الصغار المتبقّية ملكاً للـمتلف بـعد أداء بـدل الفـراش ولأجله ذكرنا أنّ قاعدة الحيلولة ممّا لا أساس له ، بل المال ينتقل إلى الضامن بأداء قيمته ، وإن ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلى أنّ المالك له مطالبة المال أيضاً بعد أخذ قيمته ، وعلى ذلك فالضامن الأوّل الذي رجع إليه المالك إذا أدّى قـيمته فينتقل إليه المال ويصير مالكاً له لا محالة ، وبما أنّ الثاني أيضاً ضـمن هـذا المـال ووضع يده عليه فللمالك الفعلي أعني الضامن الأول أن يرجع إليه بقيمته ، وإذا أدّى الثاني قيمته للأوّل قد دخل المال في ملكه وهو أيضاً يرجع إلى المتصرّف الثـالث وهكذا إلى أن ينتهي الأمر إلى من تلفت عنده العين ، وبما أنّ العين غير مـوجودة تنتقل إلى ملك غيره بأخذ قيمتها فلا يمكنه الرجوع إلى الغير في ذلك ولعلّه ظاهر .

فإذا عرفت ذلك تعلم أنّ المالك إذا رجع على البائع بالعين ومنافعها فينتقل المال إلى البائع بأداء قيمته لا محالة ، وهل له أن يرجع على المشتري بعد ما دخل المال في ملكه كما في الأيادي المتعاقبة على ما عرفت أو لا ؟ الظاهر أنه لا يرجع على

المشتري أبداً ، والسرّ في ذلك أنّ من سلّط أحداً على مال كمن قدّم طعاماً للـغير فأكله وتصرّف فيه ثم انكشف أنّ المال كان ملكه أي ملك هذا الذي سلّط الغير على المال ، فهل له أن يرجع إلى الآكل أو المتصرف فيه بالمال بدعوى أنّي زعمت أنه للغير فسلّطتك عليه ولم أكن أُسلّطك عليه إن كنت علمت أنه لي ، فقد انكشف أنه كان ملكاً لنفسي فلابدّ لك من أن تخرج عن عهدة ذلك المال ، الظاهر أنه غير ضامن للمال بلا نكير ، لأنه الذي سلّطه على ماله بعنوان أنه لي وقد ظهر أنه له أيضاً واقعاً فبأيّ وجه يمكنه المطالبة به ، وهذا مضافاً إلى أنه ممّا تسالم عليه الفقهاء أمر مرتكز في أذهان العقلاء من دون كلام ولا إشكال .

ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المال للمسلّط من الابتداء وبين أن يكـون ملكه بحسب البقاء كما إذا قدّم طعاماً للغير من ملك آخر ثمّ انتقل إليه بالارث أو الهبة أو البيع فادّعى أنه مالي وأنت ضامن له ، وفي كلا الحالين لا يمكنه الرجوع إلى من سلّطه عليه بنفسه .

وفي المقام قد سلّط البائع المشتري على المال ثم ملكه بأداء قيمته فكيف يمكنه الرجوع على المشتري بقيمته مع أنه هو الذي سلّطه عليه بعنوان أنه لي ، فلا يصحّ له أن يرجع إلى المشتري أبداً ، وأمّا إذا رجع المالك إلى المشتري بالعين ومنافعها فله أن يرجع على البائع بهما فيما إذا كانت المنفعة ممّا قد ضمنها البائع كما مرّ دون المنافع التي لم يضمنها ولعلّه ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ الصحيح في المقام أن يفصّل بين المنافع التي يـضمنها البـائع وبين ما لا يضمنها .

ثم إنّه ظهر من ذلك أنه لا فرق فيما ذكرناه بين المنافع المستوفاة للمشتري وما لم يستوفها ، فإنه إذا حكمنا بعدم رجوعه على البائع في المنافع غير المستوفاة فـلا يمكنه الرجوع في المستوفاة بطريق أولى ، لأنه قد حصّل في مقابلها شيئاً لا محـالة

وليست كالمنافع التي لم يستوفها .

وبالجملة : أنّ الاستيفاء للمنافع ليس من أحد المضمّنات للبائع فلا تغفل ، بل ولا يجري في تغريم المشتري بازاء ما استوفاه من المنافع قاعدة لا ضرر بوجه ، إذ لا ضرر عليه حينئذ حيث إنه استفاد ما يسوى بخمسة قرانات واغترم خمسة قرانات فلا ضرر على المشتري ، ومن أجل ذلك استشكل في الرياض[1] في جريان القاعدة في المقام ، وهو كما أفاده في بعض الموارد لا مطلقاً كما لا يخفى .

فالمتحصّل : أنّ قاعدة الغرور ممّا لا أساس له ، وأنّ المشتري لا يرجع على البائع في شيء من الغرامات التي اغترمها للمالك في المنافع المستوفاة وغير المستوفاة ، نعم لا بأس بالتفصيل المتقدّم وأنّ المشتري يرجع على البائع فيما يضمنه البائع من العين والمنافع دون ما لا يضمنه ، وأنّ البائع لا حقّ له أن يرجع على المشتري فيما يضمنه ، لأنه قد سلّط المشتري على المال والمنافع ومعه لا يكون المشتري ضامناً لما أتلفه بتسليط البائع إيّاه عليه وإن صار البائع مالكاً للتالف بدفع ما في ذمّته من الضمان .

بل الحال كذلك فيما إذا كان المتلف مالكاً للمال واقعاً ، وهذا كما إذا سرق المعطي شيئاً من أموال أحد ثمّ قدّمه له ليأكله فأكله المسلّط عليه جاهلاً بالحال ثمّ انكشف أنه أكل مال نفسه ، فإنّ المعطي ضامن له ، والمتلف المغرور وإن كان مالكاً للمال إلّا أنه لمّا كان جاهلاً بالحال حدوثاً أو بقاءً كما فيما نحن فيه فإنّ البائع الفضولي قدّم مال الغير للمشتري الجاهل فتلفت منافعه تحت يده وغرم قيمتها للمالك فتكون المنافع ملكاً للمشتري بقاءً وبما أنّ البائع هو الذي سلّطه على ماله يكون ضامناً لقيمتها كما لو كانت المنافع ملكاً للمشتري من أوّل الأمر .

---

(١) رياض المسائل ١٤ : ٤٧ .

وهل يُفرّق في ذلك بين علم المسلِّط وجهله ؟ الظاهر هو التفصيل بين التسليط المجّاني فيكون المسلِّط ضامناً في صورتي العلم والجهل وبين البيع ونحوه فلا يكون ضامناً إلّا إذا سلّطه عليه عالماً بالحال مع كون المشتري جاهلاً ، وهذا ثابت بحسب السيرة العقلائية فإذا قدّم طعاماً للغير ليأكله ثمّ تبيّن أنّ الطعام للآكل يكون المقدِّم ضامناً ولو كان جاهلاً لاستناد الاتلاف إليه عرفاً ، وأمّا إذا باع مال الغير وتلف المبيع أو بعض منافعه ، فإن كان البائع عالماً بالحال وقد غرّ المشتري يكون التلف مستنداً إليه عرفاً فيكون ضامناً ، وأمّا إن كان البائع جاهلاً كالمشتري فلا وجه لرجوع المشتري عليه بحسب الارتكاز العقلائي . هذا كلّه في المنافع المستوفاة وغير المستوفاة .

وأمّا ما يغرمه المشتري للمالك من قيمة العين التالفة عنده زائداً على الثمن المسمّى ، فحكمه حكم المنافع ويأتي فيه ما ذكرناه في المنافع .

وأمّا الأجزاء التالفة من المبيع فيظهر حكمها ممّا ذكرناه فإنّ المالك يسترجع ما بقي من عين ماله ، وأمّا الأجزاء التالفة فإن رجع بقيمتها على المشتري رجع المشتري على البائع في الزائد على ما يقابلها من الثمن المسمّى فيما إذا كان البائع غارّاً للمشتري .

وأمّا الأوصاف التالفة فقد فصّل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بين وصف الصحّة فألحقه بالأجزاء وبين غيره من الأوصاف فألحقها بالمنافع وحكم برجوع المشتري على البائع في كل ما يغرمه للمالك في مقابلها ، لأنّ ما عدا وصف الصحّة من الأوصاف لا يقابله شيء من الثمن المسمّى .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٠٤ .

وقد أوردعليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١]، بايراد ظاهر وهو أنّ الثمن كما لا يتقسّط على سائر الأوصاف كذلك لا يتقسّط على وصف الصحة ، وإنّما يقع الثمن بازاء نفس المال والأوصاف توجب زيادة قيمة العين ، ومن أجل ذلك إذا كانت العين معيبة ولم يعلم بها المشتري إلى آخر الأبد لا يجب على البائع دفع قيمة العيب والأرش وإنّما يجب عند المطالبة ، والأرش إنّما يثبت بدليل آخر عند المطالبة كما عرفت ، فالحقّ أنّ الأوصاف كلّها لا يمكن إلحاقها بالأجزاء كما لا يخفى .

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه سابقاً من أنّ المشتري يرجع على البائع في موارد الغرور بخلاف البائع فإنه لا يرجع على المشتري لأنه قد غرّه وأتلف المال عليه ، إنّما هو فيما إذا كانت الغرامة المتوجّهة إلى المشتري مستندة إلى إغراء البائع إيّاه وكذبه في دعوى المالكية ، وأمّا إذا كانت مستندة إلى أمر آخر وراء كذب البائع في دعواه بحيث لو كان البائع صادقاً في دعواه أيضاً كانت الغرامة متوجهة إلى المشتري كما إذا كانت المعاملة فاسدة من أجل أنّها ربوية أو لأمر آخر ، فلا يضمنه البائع في الغرامة بوجه ، لعدم استنادها إلى كذبه وتغريره بل إلى فساد المعاملة من ناحية أُخرى ، فلا يمكن للمشتري أن يرجع إلى البائع في الغرامة الزائدة عن الثمن بدعوى أنّك غررتني وكذبت في مقالتك ، فإنّ للبائع أن يقول : هب إنّي قد صدقت في مقالتي أفلست أنت ضامناً للغرامة لقاعدة على اليد الخ من أجل فساد المعاملة ، غاية الأمر أنّي لو كنت صادقاً في دعوى الملكية لكنت ضامناً بالنسبة إليّ وفعلاً ضامن للمالك لكذبي في دعواي المالكية ، وهذا ظاهر .

هذا أحد الأمرين اللذين ذكرهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] في المقام .

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٧٧ ـ ١٧٨ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٠٤ .

الأمر الثاني : أنّ المالك إذا رجع إلى المشتري المغرور فيرجع المشتري إلى البائع الغارّ لأنه غرّه وأتلف عليه المال ، وأمّا إذا رجع إلى البائع فهو لا يرجع إلى المشتري ، لوضوح أنه أتلف المال فلماذا يرجع إلى المشتري المغرور ، هذا كلّه في موارد الغرور .

وأمّا في غير موارد الغرور كما إذا كان البائع جاهلاً بالحال فللمالك أن يرجع على كل واحد ممّن وضع يده على ماله ، فإذا رجع إلى الضامن الأول فهو أيضاً يرجع إلى الثاني إلى أن ينتهي إلى من تلف المال عنده فإنه لا يرجع إلى الغير ، كما أنّ المالك إذا رجع إليه من الابتداء لم يكن له الرجوع إلى السابقين بوجه .

وقد استشكل في المقام بأنّ الموجب للضمان هو اليد أو الاتلاف ، والأول مشترك فيه بين السابق واللاحق ، والثاني لم يتحقّق من أحد منهما حسب الفرض وإلّا لحكمنا بضمانه لا محالة ، وعليه فلماذا نحكم بضمان اللاحق من دون أن يرجع إلى أحد ، والمفروض أنّ تلف المال بنفسه أو بآفة سماوية لا يوجب الضمان بأن يكون دركه عليه ، فما الوجه في رجوع كل من السابق إلى لاحقه وعدم رجوع اللاحق الذي تلف المال عنده إلى الغير .

وقد تصدّى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) للجواب عن هذا الإشكال وتعرّض قبل ذلك إلى بيان كيفية اشتغال ذمّة كل واحد من السابق واللاحق ببدل المال المضمون عليهما ، وأنّ المال الواحد كيف يصير في عهدة كل واحد من الضمناء بأن يطلب المالك بدله من كل واحد منهم مع أنه ليس إلّا مالاً واحداً ، فوجّه تقريب ذلك وتصويره على نحو الواجب الكفائي في الأحكام التكليفية ، وأنّ ذمّة كل واحد ممّن وضع يده على المال مشغولة بالبدل إلّا أنه يسقط بأداء واحد منهم ، لأنه إذا تداركه ببدله فلا يصدق على الثاني عنوان البدل لا محالة ، وإن لم يؤدّوه أصلاً فللمالك أن يطالب كل واحد منهم على نحو البدليّة يوم القيامة ، وبالجملة أنّ للمال

ضامنين أو أكثر وله مطالبة أي منهما شاء .

وقد نظّر (قدّس سرّه) ذلك بباب الضمان على مسلك الجمهور حيث إنّ الضمان عند الشيعة عبارة عن انتقال ما في ذمّة أحد إلى ذمّة الغير كما إذا ضمن أحد دَين شخص آخر فإنّ معناه أنّ ما في ذمّته قد انتقل في ذمّة الضامن واشتغلت ذمّة الضامن بالدَين فهو مأخوذ من ضمن . وأمّا على مسلك الجمهور[1] فهو قد أُخذ من الضمّ وفسّروا الضمان بضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى ، فقبل الضمانة كانت الذمّة المشتغلة بالدَين واحدة وهي ذمّة المديون وبعد الضمان صارت الذمّة اثنتين إحداهما ذمّة المديون وثانيهما ذمّة الضامن ، فللمالك أن يطالب ماله من كل واحد منهما إذا شاء وهذا بخلاف مسلك الشيعة لأنّ الضامن حينئذ هو الذي قد اشتغلت ذمّته بمال المالك دون المديون . ومسلك الجمهور وإن كان مردوداً عندنا في مقام الاثبات إلّا أنه بحسب مقام الثبوت ممّا لا محذور فيه ولا مانع عقلي من تعدّد الضامن بوجه والمقام نظير ذلك كما عرفت .

ومن هنا ربما يقال في مقام التشنيع على هذا التوجيه بما ذكروه في مقام التشنيع على المسلك المتداول عند الجمهور ، هذا إلّا أنّك عرفت أنه لا محذور في الالتزام بذلك في المقام وإن لم يساعده دليل في باب الضمان ، بل قد التزم بذلك بعض فقهائنا في موارد ضمان الأعيان دون ما في الذمم ، ولذلك موارد :

منها : الضمانة على المبيع أو الثمن فيما إذا لم يطمئن البائع بالمشتري واحتمل أن يكون ثمنه سرقة فأخذ منه ضامناً على الثمن حتّى يتعهّد دركه فيما إذا ظهر أنه سرقة أو المشتري لم يطمئن بالبائع واحتمل السرقة في المبيع وأخذ منه الضامن على دركه فيما إذا كان سرقة في نفس الأمر والواقع ، فإذا ظهر أنّ المبيع أو الثمن سرقة

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٧٠ ، ٨٣ ، المجموع ١٤ : ٢٤ ، المهذّب ٢ : ٣٠٧ .

فللمشتري أن يرجع إلى كل واحد من البائع والضامن بثمنه ، أمّا على البائع فلأنه باختياره أخذه فهو له ضامن ، وأمّا الضامن فلأجل الضمان والتعهّد الذي التزم به كما أنّ البائع يرجع إلى المشتري أو ضامنه بالمبيع فيما إذا ظهر أنّ الثمن مسروق .

ومنها : العارية المضمونة فإنه إذا اشترط المعير الضمان في العين العارية على تقدير تلفها ثمّ أخذ منه ضامناً على المال ، فإنه إذا تلف فله أن يرجع إلى كل واحد من المستعير والضامن ، أمّا المستعير فلأجل الاشتراط ، وأمّا الضامن فلأجل الضمانة هذا ، بل حكي عن ابن حمزة[1] أنه التزم بتعدّد الضمناء في الذمم أيضاً .

فالمتحصّل : أنه لا مانع من رجوع المالك إلى كل واحد من الضامنين على نحو الواجب الكفائي ، هذا .

وقد استشكل في ذلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] وذهب إلى أنّ تصوير الوجوب الكفائي إنّما يختص بالأحكام التكليفية ، إذ للشارع أن يجعل الحكم على كل واحد من المكلّفين لا على نحو الاطلاق بل على نحو التقييد بأن يقول يجب عليكم الجلوس في الموضع المعيّن سيّما إذا كان الموضع غير قابل لجلوس أشخاص متعدّدين مقيّداً بعدم جلوس الآخر فيه ، فيجب عليك إن لم يجلس فيه زيد ويجب على زيد إن لم يجلس فيه عمرو ، كما التزم بذلك في باب الترتّب وأنه لا مانع من أن يجعل الشارع حكماً واحداً على شيئين متضادّين بأن يكون أحدهما مطلقاً والآخر مقيّداً أو يكون كلاهما مقيّدين .

وأمّا في الأحكام الوضعية فلا يتصوّر ذلك بوجه ، فإنّهم إن أرادوا في تصوير ذلك على نحو الوجوب الكفائي أنّ كل واحد واحد من الأشخاص ضامن للمال

---

(١) الوسيلة : ٢٨١ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٨١ .

مطلقاً ، فلازمه أن يكون المال الواحد مضموناً بضمانات متعدّدة وأن يكون في ذمّة أشخاص متعدّدين . وإن أرادوا أنّ هذا الشخص ضامن له إن لم يضمنه الشخص الثاني ، والثاني أيضاً ضامن إن لم يضمنه الشخص الأول ، فمرجعه إلى أنّهما فعلاً ليسا بضامنين للمال . نعم لا مانع من تعدّد الضامن على نحو الترتّب بأن يكون الضامن الثاني ضامناً للضامن الأول والثالث للثاني والرابع للثالث وهكذا ، ونظير ذلك ما إذا ضمن أحد دَين شخص آخر فالضامن قد ضمن للمالك في الدَين ، والمديون ضمن ما يؤدّيه الضامن للمالك ، إذ بعد ما ضمنه الضامن لا يسقط ضمان المال عن المديون ، بل الضامن يضمن للمالك والمديون يضمن للضامن على تقدير أدائه للدَين ، وهذا الضمان الطولي لا مانع من أن نلتزم به في المقام بأن يكون الأول ضامناً للمال والثاني ضامناً للضامن الأول والثالث للثاني وهكذا ، هذا ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولكنّه ممّا لا يمكن المساعدة عليه لا بحسب المبنى ولا بحسب البناء .

أمّا فساد ما أفاده بحسب المبنى : فهو من أجل أنّ الوجوب الكفائي عنده (قدّس سرّه) ليس عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر ، بل هو سنخ من الوجوب يغاير الوجوب المشروط وتوضيح ذلك الاجمال : أنّ المولى تارةً يرى المصلحة في خصوص فعل معيّن ويقوم غرضه به على نحو التعيين ، فيتعلّق شوقه به تعييناً لأنه مقتضى كون الفعل ممّا يقوم به غرضه سيّما على المسلك المشهور من تبعية الأحكام للمصالح أو المفاسد في متعلّقاتها ، وهذا يعبّر عنه بالوجوب العيني وهو واضح.

وأُخرى يرى المولى المصلحة في كل واحد من الفعلين على نحو يتساويان في إفادة الغرض ، وكل واحد من الفعلين يقوم بغرضه ويفي به ، وفي مثل ذلك لا وجه لتعلّق شوقه بأحد الفعلين على التعيين ، لأنه ترجّح بلا مرجّح وهو مستحيل ، فلابدّ من أن يتعلّق شوقه بأحدهما على نحو التخيير كما في مثل الكفّارات الثلاث ويعبّر

عنه بالوجوب التخييري .

ومنه يظهر الحال في تصوير الوجوب الكفائي وأنه إذ رأى المصلحة في فعل معيّن من غير خصوصية للفاعلين في تحصيل غرضه كما إذا كان المولى عطشاناً فأمر أحد غلمانه العشرة بسقيه ومجيئه بالماء بأن يقول فليجئ أحدكم بالماء ، فلا يمكن أن يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التعيين ، إذ لا وجه للترجّح من غير مرجّح ، بل يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التخيير ، فالفرق بين الكفائي والتخييري أنّ في الكفائي تلغى خصوصيات الفاعلين وفي التخييري تلغى خصوصيات الأفعال .

وكيف كان ، فليس الوجوب الكفائي عنده عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر حتّى يستشكل بذلك في تصويره في الضمان . وبناء على ما ذكرناه لا مانع من تصويره في المقام ، كما يمكن تصوير الوجوب التخييري فيه ، فإنه كما لا مانع من أن تتحقّق المصلحة في ضمان الشخص لأحد العينين كذلك لا مانع من أن تتحقّق في ضمان أحد الأشخاص لمال معيّن ، هذا كلّه بحسب المبنى .

وأمّا فساده بحسب البناء : فلأنّا لو أغمضنا عمّا أشرنا إليه آنفاً وبنينا على أنّ الوجوب الكفائي عبارة عن الوجوب المشروط بعدم إتيان الآخرين ، فلا مانع من تصوير مثله في الضمان في الأيادي المتعاقبة ، وذلك لأنّ الشرط حينئذ ليس عبارة عن عدم ضمان الآخرين حتّى يقال إنّ مرجع ذلك إلى أنه لا ضمان في شخص منهما فعلاً ، لأنّا إذا قلنا بضمان هذا الشخص فذاك غير ضامن كما أنه إذا قلنا بضمان الثاني فالأول ليس بضامن ، بل الشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر في التكاليف وعدم أداء الآخر ما في ذمّته في الضمان ، إذ لو علّقنا الوجوب في حقّ أحدهما على عدم الوجوب للآخر منهما ، فكما لا يعقل ذلك في الضمان لرجوعه إلى عدم ضمان شخص منهما فعلاً ، كذلك لا يعقل ذلك في الواجبات والأحكام التكليفية لأنّ مرجعه إلى عدم الوجوب بشيء منهما فعلاً ، لأنّا إذا حكمنا بوجوبه على هذا الشخص فالآخر

غير واجب عليه كما إذا حكمنا بوجوبه على ذاك الشخص فعلى الأول غير واجب ولا يمكن أن يكون الفعل واجباً عليهما معاً .

وكيف كان ، فالشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر للأمر في الوجوب الكفائي وفي الضمان الكفائي عبارة عن عدم أداء الآخر للبدل ، وعليه فكما يعقل تصوير الكفائي في الأحكام التكليفية كذلك يعقل تصويره في الضمان ، إذ لا مانع من أن يحكم بضمان هذا الشخص لو لم يؤدّ الثاني البدل ، ويحكم بضمان ذاك إن لم يؤدّه الأول منهما ، فيكون ضماناً مشروطاً بعدم أداء الآخر ، وهو ممّا لا محذور فيه .

بل لو فرضنا أنّ شخصين تصرفا في مال الغير في زمان واحد من دون أن يسبق أحدهما الآخر في وضع يده عليه ، لا يمكن فيه الالتزام إلّا بضمان أحدهما على نحو التخيير والوجوب الكفائي ، إذ الحكم بضمانهما معاً غير صحيح ، لأنّ المال الواحد لا معنى أن يكون له بدلان ، والحكم بعدم ضمانهما بوجه ممّا لا يمكن التفوّه به فيتعيّن أن نحكم بضمان أحدهما لا على نحو التعيين ، فهذا الشخص محكوم بالضمان مشروطاً بعدم أداء الثاني البدل كما أنه محكوم به إن لم يؤدّ بدله الضامن الأول .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من تصوير الضمان الكفائي في الأيادي المتعاقبة هو الصحيح ، وأنّ مسلك العامّة في باب الضمان أمر ممكن وغاية ما هناك أنه لم يقم عليه دليل في باب الضمان ، بخلاف المقام فالالتزام به في المقام ممّا لا مانع منه ، وهذا بخلاف الالتزام به في باب الضمان لعدم الدليل عليه هناك ، بل الدليل قائم على عدمه في ذلك الباب .

نعم يظهر من بعض كتب العلّامة (قدّس سرّه)[1] أنّ مسلك الجماعة أمر غير معقول ، إلّا أنّك عرفت أنه أمر ممكن غاية الأمر أنّ الدليل لم يساعده في باب

---

(١) راجع التذكرة ٢ : ٩٣ ، البحث الرابع / النظر الأوّل .

الضمان . ويؤيّده ما ذكره العلّامة(١) في بعض كتبه الأُخر من أنه ممّا لم يقم عليه دليل ، ومسلكهم إنّما لا يعقل فيما لو أرادوا منه الحكم بضمانهما للمال على نحو الاستقلال بأن يكون كل واحد منهما ضامناً للمال في عرض ضمان الآخر له ، وذلك لأنّ المال الواحد لا معنى لأن يكون له بدلان ، وهذا بخلاف ما هو ظاهر كلامهم من أنّ أحدهما محكوم بالضمان لا على نحو التعيين وأنّ المالك له أن يرجع إلى أيّهما شاء هذا .

ثم إنه بعد ذلك يقع الكلام في وجه امتياز ذلك الكفائي في المقام عن بقية الأحكام الكفائية في سائر المقامات ، وأنّكم لماذا تلتزمون برجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا رجع المالك إلى السابق ، وبعدم رجوع اللاحق إلى السابق فيما إذا رجع المالك إلى اللاحق وتلف المال عنده إلّا فيما إذا غرّه السابق كما مرّ ، مع أنّ تلف المال بآفة سماوية لا وجه لكونه موجباً لضمان اللاحق دون السابق ، لأنّ الموجب للضمان إنّما هو الاتلاف لا التلف وأمّا اليد فهي مشتركة بينهما .

وقد اُجيب عن ذلك بوجوه : منها ما أفاده السيد في حاشيته(٢) من أنّ التلف والاتلاف في حكم واحد فإذا سلّمنا الحكم بالضمان في صورة الاتلاف من جهة أنّ اللاحق كان متمكّناً من ردّ المال إلى المالك قبل إتلافه فهو بعدم ردّه إليه قد سبّب ثبوت الضمان على السابق ، فلابدّ من أن نحكم بالضمان في صورة التلف أيضاً لجريان ما ذكرناه فيها أيضاً حرفاً بحرف حيث إنه كان متمكّناً من ردّ المال إلى مالكه قبل تلفه وبما أنه لم يردّه إليه فقد صار بذلك سبباً لثبوت الضمان على السابق بعدم ردّه إلى مالكه سابقاً قبل تلفه بآفة سماوية ، هذا .

---

(١) [لم نعثر عليه في مظانه] .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٨٣ .

ولا يخفى أنّ ما أفاده في الاتلاف غير ثابت فضلاً عن صورة التلف ، وذلك من جهة أنّ الاتلاف يوجب عدم بقاء الموضوع لردّ العين للمالك ، وأمّا الضمان فهو إنّما ثبت بقاعدة اليد دون الاتلاف بمعنى أنّ إتلافه وعدم دفعه المال إلى المالك إنّما أوجب عدم سقوط الضمان عن السابق ، لا أنه بذلك أوجب الضمان عليه لأنه إنّما ثبت بقاعدة اليد ، ولو سلّمنا ما أفاده في صورة الاتلاف فلا وجه له في صورة التلف أبداً ، لأنّ السابق واللاحق مشتركان في اليد وأنّ كل واحد منهما ضامن له بتلك القاعدة ، ولا مزية للاحق على السابق حتى يقال إنه بتلك المزية محكوم بالضمان ولا يرجع إلى السابق . أمّا تمكّنه من ردّ المال إلى مالكه قبل تلفه فهو أيضاً غير مختص باللاحق ، لأنّ السابق أيضاً كان متمكّناً من ردّه إلى مالكه قبل تلفه والمفروض أنّ المال لم يتلف بفعل اللاحق وإنّما تلف بآفة سماوية فلماذا يحكم بضمانه وعدم رجوعه إلى السابق ورجوع السابق إليه ، فهذا الوجه لا يمكن المساعدة عليه ، هذا .

وقد يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في مقام الجواب أنّ الوجه في رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس هو أنّ السابق إنّما ضمن العين بوضع يده عليها ، وأمّا الضامن اللاحق فهو إنّما يضمن العين التي ثبت لها البدل في ذمّة السابق فكأنّه ضامن لواحد من العين والبدل على سبيل البدلية ، فإذا رجع المالك إلى السابق فهو يرجع إلى اللاحق بأحد الأمرين ، لما عرفت من أنّ ذمّته مشتغلة بأحد الأمرين على سبيل البدلية ، وأمّا إذا رجع إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق ، لأنّ ذمّته إنّما اشتغلت بالبدل ما دام لم يؤدّ الثاني بدلها للمالك ، هذا .

ويرد على ذلك : أنّ الضامن إنّما يضمن بدل العين بعد تلفها ، والمفروض أنّ العين لم تتلف في يد الأول ولا في يد الثاني بعد فكيف يمكن أن يقال إنّ الأول ضمن

(١) المكاسب ٣ : ٥٠٨ .

العين والثاني ضمن العين التي ثبت لها البدل مع أنّها موجودة بنفسها ولم تتلف بعد فالضامن الثاني كالأول إنّما وضع يده على المال فكلاهما على حدّ سواء ، فما معنى أنّ الثاني بمجرد وضع يده يضمن العين وبدلها على سبيل البدلية ، هذا .

وقد أورد عليه السيد (قدّس سرّه) في حاشيته بايرادات سبعة ، وبعض تلك الاعتراضات وإن كان قابلاً للجواب إلّا أنّ ثلاثة منها غير قابلة الذبّ :

الأول من هذه الاعتراضات : أنّ الضامن الثاني على تقدير تسليم أنه ضامن لأحد الأمرين على سبيل البدلية فهو إنّما يضمنه للمالك لا للغير ، لأنّ البدل في ذمّة الضامن الأول ملك للمالك فبدله الثابت في ذمّة الثاني أيضاً يكون للمالك ، فلماذا يحكم بضمانه للضامن الأول بالبدل .

الثاني : أنّ الموجب للضمان ليس إلّا قاعدة اليد أو الاتلاف ، والضامن الثاني إنّما وضع يده على المال لا على ما في ذمّة الضامن الأول ، لأنه غير قابل للاستيلاء المعبّر عنه باليد فلماذا يحكم بضمانه للعين وبدلها الثابت في ذمّة الضامن الأول .

الثالث : أنّا إذا فرضنا أنّ الضامن الثاني قد سلّم العين التي أخذها من الأول إلى ذلك الأول لاعتقاد أنه مالك للمال أو لغيره من الدواعي فتلفت العين في يد الضامن السابق فلا ينبغي الإشكال في أنّ المالك له أن يرجع إلى أيّهما شاء ، فإذا رجع إلى السابق فمقتضى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) أنه يرجع إلى اللاحق في هذه الصورة أيضاً ، لأنه ضمن العين وبدلها على سبيل البدلية ، وهذا ينافي ما سلكه هو وغيره في المقام من أنّ السابق لا يرجع إلى اللاحق .

فإن قلت : إنّ السابق قد انقلب إلى اللاحق في المثال واللاحق صار سابقاً عليه .

قلت : لا معنى لضمان السابق الذي صار لاحقاً بعد الحكم بضمانه قبل ذلك بوضع يده على المال ، لأنّ الضامن لا يضمن ثانياً بوضع يده عليه ثانياً ، وهذه

الاشكالات الثلاثة الظاهر أنها ممّا لا مدفع له .

وقد أورد شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) على السيد : بأنّ هذه الاعتراضات السبعة مبتنية على ما فهمه من ظاهر كلام الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ المراد بالبدل هو بدل العين الثابت في ذمّة الضامن ، إلّا أنّ الأمر ليس كذلك ، بل المراد من البدل في كلماته (قدّس سرّه) إنّما هو بدل ما يضمنه الضامن الأول ، وتوضيحه : أنه (قدّس سرّه) لمّا رأى أنّ المال لا يضمن بضمانين عرضيّين فلا يمكن أن يقال إنّ السابق واللاحق كلاهما ضامنان للمال في عرض واحد ، فجعل الضمان طولياً في المقام بأن يكون السابق ضامناً للمالك واللاحق ضامناً للضامن السابق نظير الضمانات الاختيارية كما إذا أمر مديون أحداً بالضمان ليضمن له عند الدائن فضمنه ذلك الشخص فقد سقط الضمان عن المديون وانتقل إلى الضامن ، إلّا أنّ المديون يضمن للضامن ما دفعه إلى الدائن ، فإن دفعه إليه فيضمنه بمقداره وإلّا فإن لم يدفع إليه شيئاً فلا وجه لضمان المديون له بشيء ، وفي المقام أيضاً إن دفع السابق ما ضمنه للمالك فيضمن اللاحق له ما دفعه إلى المالك ، وإن لم يؤدّ إليه شيئاً فلا وجه لضمانه كما هو واضح فالمراد بالبدل في كلامه (قدّس سرّه) بدل ما يضمنه السابق للمالك ولعلّه ظاهر ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ المقام لا يقاس بالضمان الاختياري كما في مسألة أمر المديون أحداً بالضمان ، فإنّ في مثلها لا مانع من الحكم بضمان المديون للضامن لأجل أمره إيّاه بالضمان ، وأمّا في المقام فلماذا نحكم بضمان اللاحق للسابق فهل أمره اللاحق بذلك أو أنّ هناك دليلاً آخر حتّى نحكم بضمانه للأوّل ، نعم هو كالسابق ضامنان للمالك لأجل استيلائهما على مال الغير فأيّ فرق بينهما في رجوع أحدهما إلى الآخر دون العكس ، فما أفاده من الضمان الطولي وإن كان أمراً معقولاً في حدّ

---

(١) منية الطالب ٢ : ١٨٨ .

نفسه إلّا أنه ممّا لم يقم عليه دليل في المقام ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الضمان في المقام عرضي لما عرفت من أنّ المالك له أن يرجع إلى أيّهما شاء ، وهذا لا يمكن في الضمانين الطوليين كما لا يخفى ، لأنّ لازم ذلك أنّ المالك لا يحق له الرجوع على اللاحق ابتداءً ، فالظاهر أنّ ما فهمه السيد (قدّس سرّه) من ظاهر عبارة الشيخ (قدّس سرّه) هو الصحيح ، وعليه فيتوجّه عليه الاعتراضات الثلاثة مع ما أوردناه عليه أوّلاً ، هذا .

وقد ذكر صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[١] وجهاً آخر في المقام : وهو أنّ الخطابات المتوجّهة إلى الغاصب الأول والثاني أعني من تلف عنده المال ليست من سنخ واحد بل سنخان ، فالخطاب المتوجّه إلى الأول إنّما هو مجرد خطاب تكليفي بأداء بدل المال من دون أن تكون ذمّته مشغولة به أبداً ، وأمّا الخطاب المتوجّه إلى من تلف عنده المال وهو الغاصب الثاني مثلاً فهو خطاب وضعي وذمّته مشتغلة بالعوض ، فإذا رجع المالك إلى الأول فهو يرجع إلى اللاحق لأنه بأداء البدل يكون مالكاً للتالف ، ولا مانع من فرض الملكية في التالف والمعدوم كما في الخيار فله أن يرجع إلى قيمته أو بغيرها من لوازم الملكية ، وأمّا إذا رجع المالك إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق إذ لا اشتغال في حقّه بشيء وإنّما كان الخطاب تكليفياً في حقّه وقد سقط بوصول المالك إلى حقّه ، هذا .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بايرادات يتوجّه بعضها إلى الجملة الأُولى من كلام صاحب الجواهر وهي دعوى أنّ الحكم مختلف بالاضافة إلى السابق واللاحق وأنه في الأول تكليفي وفي اللاحق وضعي ، وبعضها الآخر يتوجّه إلى الجملة الثانية من كلامه وهي أنّ السابق يملك التالف بأداء بدله .

---

(١) الجواهر ٣٧ : ٣٤ .

أمّا الايرادات المتوجّهة إلى الجملة الأُولى فهي ثلاثة : اثنان منها يرجع إلى مقام الاثبات وواحد منها يرجع إلى مقام الثبوت .

أمّا ما يرجع إلى مقام الثبوت فهو مبنيّ على ما أفاده في الاستصحاب من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية ، فالضمان حكم وضعي ينتزع عن إيجاب أداء البدل ، فما معنى أنّ الحكم في السابق تكليفي وفي اللاحق وضعي مع أنّهما متلازمان .

والجواب عن ذلك : ما ذكرناه في محلّه من أنّ التكليفي والوضعي سنخان من الحكم وأحدهما غير منتزع عن الآخر ، ويشهد لذلك أنه لا خلاف ظاهراً في أنّ وجوب نفقة الوالدين الفقيرين على الولد إذا كان غنياً إنّما هو مجرد حكم تكليفي ولا يضمنها لو نسيها أو عصى ولم يؤدّ نفقتهما ، وهذا بخلاف وجوب نفقة الزوجة فإنه حكم تكليفي . مضافاً إلى أنه يضمنها فيما لو نسي أو عصى ولم يؤدّها إليها ، فيضمن لها نفقة الاسبوع أو الشهر أو السنة ، وكيف كان فهما سنخان متغايران .

وأمّا ما يرجع منها إلى مقام الاثبات ، فأحدهما : أنّ مدرك الضمان ليس إلّا قاعدة اليد في المقام ، كما أنّ الخطاب المتوجّه للسابق واللاحق منحصر بها ، وعليه فكيف يكون الخطاب الواحد وهو قاعدة اليد يعني على اليد ما أخذت تكليفياً بالاضافة إلى السابق ووضعياً بالاضافة إلى اللاحق ، بعد الاغماض والبناء على أنّهما سنخان متغايران . وثانيهما : أنّ الضامن السابق لو كان خطابه مجرّد حكم تكليفي لما أمكن إخراج دينه من تركته على تقدير موته ، ولما صحّ أن يصالحه المالك على ما في ذمّته مع أنّهما صحيحان ثابتان ، لجواز المصالحة على ما في ذمّته وإخراجه عن تركته على تقدير موته ، فلنا دليل على عدم كون الخطاب تكليفياً في حقّه ، لا أنه مجرد عدم الدليل ، هذا .

ثم إنه أورد على الجملة الأُولى أيضاً في آخر عبارته إيراداً رابعاً : وهو أنّ

لازم ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) عدم جواز رجوع السابق إلى الثاني فيما إذا كان المال تالفاً عند الثالث أو الرابع لأنه أيضاً مثله في عدم اشتغال ذمّته بشيء وخطابه تكليفي حسب الفرض، بل لابدّ من أن يرجع إلى الضامن الأخير الذي تلف عنده المال ابتداء مع أنّهم جوّزوا رجوعه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا.

وأمّا ما يرجع إلى الجملة الثانية: فهو أنّ للملكية أسباباً ولا تحصل بدونها أبداً، فإذا فرضنا العين تلفت وأدّى الضامن الأوّل بدلها فبأي سبب ملك العين التالفة حينئذ، أفبالبيع أو الهبة أو بشيء آخر، والمفروض انتفاؤها بأجمعها، فلا وجه لانتقال المال إلى ملك من أدّى عوضه كما لا يخفى، هذا.

ولا يخفى أنّ ما أورده على مقالة صاحب الجواهر متين، إذ الخطاب في كل واحد من الضامن الأول واللاحق خطاب وضعي لوحدته كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا أنّه يمكن أن يقال إنّ المقدّمة الثانية ممّا أفاده صاحب الجواهر كافية في إثبات المرام من دون حاجة إلى المقدّمة الأُولى من كلامه، وهذه المقدّمة هي ما ذكره أخيراً من أنّ اللاحق يملك العين التالفة بأداء عوضها وذلك بعد ما عرفت من أنّ تصوير الضمان على سبيل البدلية والوجوب الكفائي أمر ممكن معقول، وعليه فيتمّ الكلام بالمقدّمة الثانية وأنّ المعطي للبدل يتملّك العين التالفة بالمعاملة القهرية عند العقلاء والشرع، ويدلّ على ذلك أمران:

أحدهما: أنه إذا أتلف أحد مال الغير وكان لتالفه قيمة زهيدة أو كان متعلّقاً لحقّ، والأول كما إذا ذبح فرس الغير على وجه شرعي فإنّ لحمه وجلده حينئذ ممّا له قيمة وإن كانت زهيدة لا محالة. والثاني ما إذا ذبحه على وجه جعله ميتة فإنّ الميتة يمكن أن ينتفع بها في كل ما لا يشترط فيه الطهارة ومتعلّقة لحقّ الاختصاص، وفي أمثال ذلك لا يمكن للمالك أن يأخذ تالف العين وباقيها ويطالب المتلف بباقي قيمتها

لأنّ العرف يرون المال قد تلف وما بقي منه أمر آخر لا ربط له بـالمالك كأجـزاء السيارة المنكسرة مثلاً ، وإذا أخذ قيمتها من المتلف أو مثلها فلا يمكنه أخذ ما بقي من العين أبداً ، لأنّ العرف يرون ذلك انتقالاً قهرياً كالصلح ، فباقي العين ينتقل إلى من أدّى الضمان فيما إذا كانت له قيمة ، أو كان ذلك متعلّقاً لحقّ من الحقوق .

وثانيهما : أنّ المال فيما إذا كان في حكم التلف ولم يكن تالفاً حقيقة كما إذا ضاع في بر أو وقع في بحر أو سرقه سارق مجهول يتعذّر الوصول إليه عادةً ففي هذه الموارد هل يحكم بلحوق المال الموجود في البر أو البحر أو في يد السارق بالمباحات الأصلية بحيث يتملّكه السارق بحيازته ولا يجب عليه ردّه ، وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به ، أو يحكم بأنه ملك لمالكه الأول مع أنه أخذ مثله أو قيمته من المتلف ، فلا محالة يحكم بانتقاله إلى ملك المتلف بدفع عوضه وبدله ، فالوجه في الانتقال والملكية هو المصالحة القهرية الواقعة بين مالك المال ومتلفه ، وكيف كان فينتقل المال إلى الضامن الذي أدّى بدله وحينئذ فيعود السؤال المتقدّم من أنّ السابق لماذا يرجع إلى اللاحق الذي تلف عنده المال في غير موارد الغرور دون العكس .

وبالجملة : أنّ المالك كما له أن يرجع إلى كل واحد من السـابق أو اللاحـق فكذلك المالك بأداء البدل لابدّ وأن يجوز له الرجوع إلى أي من السابق واللاحق فلماذا نحكم بعدم جواز رجوعه إلى السابق ونقول إنه يرجع إلى اللاحق فقط . مثلاً إذا فرضنا الضامن ثلاثة أشخاص وقد رجع المالك الأصلي إلى الوسط فـلماذا لا يرجع المتوسط إلى السابق ويرجع إلى اللاحق فقط مع أنه مالك للمال بأداء البدل فهو كالمالك الأصلي ينبغي أن يجوز له الرجـوع إلى كـل مـن شـاء مـن السـابق واللاحق ؟

فقد ذكر السيد (رحمه الله) في حاشيته[1] في وجه ذلك : أنّ الوجه في رجوعه إلى اللاحق دون السابق هو أنّ اللاحق هو الذي صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق ، إذ كان يمكنه ردّ العين قبل تلفها وبما أنه لم يردّها فتلفت استقرّ الضمان على ذمّة السابق أيضاً ، فلابدّ وأن يرجع السابق إلى اللاحق كما ذكر مثل ذلك في أصل المسألة ونقلناه عنه هناك .

ولكنّك عرفت أنّ السبب لضمان كل من السابق واللاحق هو اليد والاستيلاء على المال ، فعدم ردّ اللاحق ليس موجباً لضمان السابق بل هو عدم إسقاط للضمان عن ذمّة السابق ، وهذا كيف يوجب ضمان اللاحق للمال مع أنّ التمكّن من الرد أمر مشترك بين السابق واللاحق كما هو ظاهر ، فهذا الوجه لا يرجع إلى شيء .

فالصحيح أن يقال : إنّ الوجه في ذلك هو ما عرفت من أنّ الضمان إنّما ثبت باليد ، وغاية ذلك الضمان أداء المال وهذه الغاية حاصلة بالاضافة إلى السابق دون اللاحق كما يظهر بملاحظة نظائر المسألة ، مثلاً إذا كان الضامن المتوسط وارثاً للمالك الأصلي وبعد ما أخذ المال من السابق مات المالك الذي فرضناه مورّثاً للضامن المتوسط ، فلا يمكن له أن يرجع إلى السابق بالمال ، لأنّ المفروض أنه أدّاه إليه وهو أخذه منه ، غاية الأمر قبل أن يكون مالكاً بموت مورّثه ، إلّا أنّ العقلاء يرون الأداء باقياً ومستمرّاً إلى زمان كونه مالكاً للمال بالارث .

وكيف كان ، فغاية الضمان هي أداء المال إلى المالك ولو كان ذلك قبل صيرورته مالكاً ، فإذا رجع المالك إلى اللاحق وأخذ منه البدل فاللاحق مالك للمال لكنّه تلقّاه من السابق فلا يمكنه الرجوع عليه لأنّ السابق قد أدّى المال وحصلت الغاية للضمان ، وهذا بخلاف ما لو كان السابق مالكاً للمال بالارث أو بأداء القيمة

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٨٣ .

والبدل فإنه يرجع إلى اللاحق الذي أخذ منه المال قبل كونه أي السابق مالكاً للمال فالفرق بين السابق واللاحق هو أنّ السابق أعطى المال وأخذ منه اللاحق فضمنه بقاعدة اليد للسابق على تقدير كونه مالكاً للمال ، وأمّا السابق فلم يأخذ من اللاحق حتّى يحكم بضمانه للاحق فيما إذا صار اللاحق مالكاً للمال بالارث أو بأداء البدل وهذا هو السرّ في أنّ المالك بالبدل يرجع إلى اللاحق لأنه أخذ منه المال حسب الفرض ولا يرجع إلى السابق لأنه لم يأخذ من المالك بالبدل وهو الوسط مثلاً شيئاً ليضمنه له ، وهكذا الحال في الضامن الثالث بالاضافة إلى الرابع إلى أن ينتهي الأمر إلى من تلف عنده المال فهو وإن تملّك المال بأداء البدل إلّا أنه لا يرجع إلى شخص إذ لم يأخذ المال منه أحد ليرجع إليه ، وإنّما تلف المال عنده ، هذا تمام الكلام في الأيادي المتعدّدة المتعاقبة .

بقي الكلام في مسألة الابراء ، وأنّ المالك إذا أبرأ ذمّة واحد من الضامنين فحكمه ماذا ؟

والكلام في ذلك يقع في موردين : أحدهما في أنّ الابراء من المالك إبراء بالاضافة إلى خصوص هذا الضامن الذي أبرأ ذمّته ، أو أنّ إبراء ذمّة واحد منهم كرفع اليد عن المال وإبراء لذمم الضامنين على نحو الاطلاق .

وثانيهما : أنه إذا فرضنا أنّ الابراء يختص بخصوص من أبرأ المالك ذمّته ، فهل يصير ذلك الضامن كالمالك للمال بأداء البدل ويجوز له أن يرجع إلى اللاحق بالمال أو أنّ الابراء إسقاط لما في ذمّة ذلك الضامن ولا يصير مالكاً للمال بذلك ، فلا يجوز له أن يرجع إلى اللاحق بوجه .

أمّا المقام الأول : فالظاهر أنّ الابراء في حقّ واحد من الضامنين إبراء لذممهم على نحو الاطلاق ، لأنّ معنى الابراء ليس هو إسقاط اليد عن كونه موجباً للضمان في خصوص هذا المتصرّف في المال مثلاً لأنه ليس مشرّعاً ولا يمكن ذلك في حقّ غير

الشارع ، بل إنّما معناه أنّي رفعت اليد عن مالي في ذمّة فلان نـظير الاعـراض في الأعيان الخارجية ، فإذا رفع اليد عن ماله فقد برأ ذمّة الجميع ، إذ لا يمكنه رفع اليد بالاضافة إلى بعضهم دون الآخرين لاستلزام عدم كونه ملكه سقوط المال عـنهم بأجمعهم ، ولو فرضنا أنّ الابراء يختص بمن أبرأ المالك ذمّته فقط فيقع الكلام في :

المقام الثاني : في أنه هل يرجع إلى اللاحق بالمال كالمالك بأداء البـدل أو لا فقد ظهر ممّا ذكرناه أنه لا يمكنه الرجوع إلى اللاحق بوجه ، لأنه لا يصير بالابراء مالكاً للمال كالمالك بدفع البدل ، إذ الابراء ليس إلّا اسقاطاً لما في ذمّته من البـدل وأمّا صيرورته مالكاً للمال فلا ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] تعرّض إلى مسألة أُجرة النقل فيما إذا نقل الغاصب ملك المالك إلى مكان آخر وأنه إذا رجع إليه فهل يجب على الغاصب بذل الأُجرة لنقل ملك المالك عن المكان الذي وضعه الغاصب في ذلك المكان أو لا ؟

الظاهر أنه لا إشكال في وجوب ذلك على الغاصب مقدّمة للردّ ، ودعوى أنّ ذلك ضرر على الغاصب فيرتفع وجوبه بالقاعدة ، مدفوعة بأنّ عدم بذله الأُجرة أيضاً ضرر على المالك فيتعارضان ، وقد عرفت في محلّه أنّ القاعدة لا تشمل أمثال المقام ، وهذا كلّه ممّا لا إشكال فيه .

وإنّما الكلام فيما إذا انحصر تحصيل المال ونقله في خصوص المالك كما إذا ألقاه الغاصب في بحر ونحوه واحتاج إخراجه إلى سباحة وغوص وانحصرت السباحة في مالك المال ، فلا ينبغي الإشكال حينئذ في أنه يستحق الأُجرة باخراجه ذلك ، لأنه كغيره في ذلك وعمله محترم يستحقّ الأُجرة في مقابله ، إلّا أنّ الكلام فيما إذا لم يرض المالك إلّا بأُجرة غالية وزائدة عن أُجرة أمثاله ، فهل يجب على الغاصب إعطاء تلك

(١) المكاسب ٣ : ٥١١ .

الأُجرة التي يريدها مالك المال أو لا ؟

الظاهر أنه غير واجب على الغاصب ، إذ لا مانع من شمول قاعدة لا ضرر للمقام ، حيث إنّ دفع الغاصب للزائد من أُجرة المثل ضرر عليه . ودعوى أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال وأخسّها ، ممّا لا وجه له كما أشرنا إليه سابقاً ، هذا .

ثمّ إنّ المالك هل يمكنه منع الغير عن نقل ماله أو إخراجه ولا يجوز للغاصب أن يعطي الأُجرة لغير المالك ويأمره باخراج مال المالك فيما إذا لم يرض المالك بذلك وأراد أن يخرجه بنفسه لتمليك أُجرة الاخراج ، أو أنه لا يجوز للمالك ذلك أبداً ويجوز للغاصب أن يدفع الأُجرة إلى غير المالك ويأمره بالاخراج ؟

الظاهر أنّ المالك متمكّن من منع غيره عن التصرف في ماله بالنقل والاخراج فيكون تصرف الغير فيه حراماً لعموم « الناس مسلّطون على أموالهم »(١) وعدم ورود تخصيص عليه في المقام فيخرجه المالك بنفسه ويتملّك الأُجرة ، نعم لو ادّعى الزيادة يجري فيه ما سبق من عدم وجوب دفع الزائد على الغاصب بوجه ، فهناك مسائل ثلاث :

الأُولى : أنّ المالك مثل غيره في أنه إذا نقل ماله بنفسه أو أخرجه عن البحر ونحوه يستحقّ الأُجرة لا محالة .

الثانية : أنّ المالك له أن يمنع غيره من التصرف في ماله بالاخراج والنقل ويتمكّن من أن يباشره بنفسه ويستحقّ به الأُجرة ؟

الثالثة : أنه لا يجوز للمالك مطالبة الزائد عن أُجرة المثل في صورة الانحصار وغيرها .

بقي الكلام في مسألة بدل الحيلولة وإنّما يتحقّق فيما إذا حيل بين المالك وملكه

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

مدّة مع رجاء الوصول إليه دون ما إذا يأس عنه ، إلّا أنّا أشرنا في محلّه إلى أنّ هذا البدل ممّا لا أساس له ، بل اللازم على الغاصب دفع قيمة العين إذا كانت تعدّ تالفة عند العرف ، أو هي مع قيمة منافعها فيما إذا كانت لها منافع في تلك المدّة ، وكذا يجب عليه دفع الأُجرة على مقدّمات الأداء فيما إذا كانت محتاجة إلى مؤونة كما عرفت فراجع .

استدراك

قد ذكرنا أنّ الضمان في المقام ضمان كفائي على نحو الواجب الكفائي ، ولكنّه لا يخفى أنّ الوجوب والطلب وإن تعلّق بالجامع بين الأفعال في الوجوب التخييري وبالجامع بين الأشخاص في الوجوب الكفائي ، إلّا أنّ ما به يسقط الوجوب وبه يحصل الامتثال هو فرد من أفراد الواجب ووجود من وجوداته ، فهذا الفرد الشخصي والوجود الممتاز عن غيره مسقط للواجب ، لا أنّ اختياره يكشف عن أنّ الواجب في الواقع هو ذلك الوجود ، بل الواجب هو الجامع والفرد مسقط له ومحقّق للامتثال ، وآثار الاتيان بالواجب وثمراته ولوازمه كلّها تترتّب على هذا الفرد الذي به حصل الامتثال لا على الجامع أو سائر الأفراد لامتياز كلّ منها عن غيره كما لا يخفى . ففيما إذا أتى بالصوم في الواجب التخييري أو صلّى أحد على الميّت في الواجب الكفائي فيستحقّ ثواب الصوم ويترتّب عليه لوازمه ، كما أنّ المثوبة في صلاة الميّت مترتّبة على صلاة من صلّى على الميّت لا أنّ الأثر للجامع والمثوبة لجامع المكلّف أو يترتّب عليه ثواب الجامع بين الصوم والإطعام .

ففي المقام إذا أدّى أحد الضامنين بدل المال للمالك فقد حصل الامتثال وبه سقط الضمان ، ويترتّب آثار دفع البدل على من خرج عن عهدة الضمان الكفائي لا على الجامع بين الضامنين ، ومن آثاره انتقال المبدل إلى ملكه بدفع بدله للمالك وبعد

ما ملكه يرجع ببدله إلى اللاحق وهكذا ، هذا تمام الكلام في الأيادي المتعاقبة .

الكلام فيما إذا باع الفضولي ملك نفسه وملك غيره

والكلام في ذلك يقع تارةً في صورة الردّ وأُخرى في صورة الاجازة ، وعلى كلا التقديرين تارةً نلتزم بصحة الفضولي وأُخرى نلتزم بـبطلانه ، وتـفصيل ذلك يظهر من التكلّم في جهات :

الجهة الأُولى : في صحة البيع الواقع على ملك نفسه وبطلانه ، والظاهر أنه لا ينبغي الإشكال في صحة البيع بالاضافة إلى ملك نفسه سواء قلنا بصحة الفضولي أو ببطلانه ، وعلى الأول أجازه المالك أم لم يجزه ، وذلك لأنّ الانشاء وإن كان واحداً إلّا أنّ المنشأ في الحقيقة متعدّد ، ولا مانع من انحلال الانشاء الواحد إلى أُمور متعدّدة كما في العامّ الاستغراقي وإن كان بينه وبين المقام فرق .

ويدلّ على ما ذكرناه الأخبار الواردة في المقام من أنّ البيع بالنسبة إلى مـا يملك واجب .

الجهة الثانية : فيما ذكره بعضهم في المقام من أنّ صحة البيع فيما يملكه إنّما هو فيما إذا لم يتولّد من عدم الاجازة مانع شرعي كلزوم الربا وبـيع الآبـق مـن دون ضميمة ، وقد مثّلوا له بما إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين أو بثلاثة دراهم أو دنانير وكان الدرهم للغير ، فإنه لو أجاز ذلك الغير يصحّ البيع وإن كـان له في مقابلة درهمه درهم وقدر من الدينار ، وللبائع في مقابل ديناره درهم ودينار بل أزيد ، لأنّ المدار على ما وقع عليه المعاملة وهو المجموع بالمجموع ، وأمّا لو لم يجـز فيكون البيع باطلاً لأنه من الأول كأنه وقع العقد على الدينار في مقابلة درهم ودينار بل أزيد فيكون من الربا ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الربا يلزم على تقدير الاجازة أيضاً ، لأنّ المدار إنّما هو

على معاملة نفسه ، والمفروض أنه في بيع نفسه قد أخذ درهماً وديناراً في مقابلة دينار واحد وهو من الربا المحرّم ، ولا ربط له ببيع الدرهم أيضاً بما وقع في مقابله لأنه بيع لمالك الدرهم لا له كما هو ظاهر .

ومثّلوا للثاني بما إذا باع الفضولي عبده الآبق وضمّ إليه مال الغير فإنه يبطل البيع بالنسبة إليه أيضاً لاستلزامه بيع الآبق بلا ضميمة .

ولا يخفى أنّ صحّة بيع الآبق بالضميمة ليست مستندة إلى تقسيط الثمن بالاضافة إلى الضميمة حتّى لا تخلو يد المشتري من المثمن فيما إذا أبق العبد ، بل إنّما هو أمر تعبّدي ولذا لا نتعدّى منه إلى صحة إجازة الآبق مع الضميمة ، ومورد التعبّد هو أن تكون الضميمة من مال مالك العبد لا من مال غيره .

الجهة الثالثة : في الخيار وأنّ المشتري هل يمكنه فسخ المعاملة في صورة ردّ الغير أم لا ؟

أمّا في صورة علمه بالحال وأنّ المبيع مشترك بين البائع وغيره وأنه يبيعه على وجه الفضولي فلا يثبت له الخيار أبداً لعلمه بالحال . وأمّا فيما إذا كان جاهلاً فالظاهر أنّ المشتري يتمكّن من الفسخ لتبعّض الصفقة عليه ، ويسمّى هذا الخيار بخيار تبعّض الصفقة ، والسرّ في ذلك أنّ المنشأ وإن كان في الواقع متعدّداً إلّا أنّ البائع لمّا باعهما في إنشاء واحد وكان شراء أحدهما عند العرف مربوطاً ومنضمّاً إلى شراء الآخر فكأنه اشترط بالاشتراط الضمني الارتكازي أنّ وفاءه بشراء ذاك الجزء منوط بشراء الجزء الآخر ، وبما أنّ الشرط لم يحصل للمشتري فله ردّ الجزء الآخر أيضاً لهذا الاشتراط ، وقد عرفت سابقاً أنّ الخيار في المعاملات ليس على نحو التعليق في العقود وإنّما هو من باب تعليق الالتزام بالمعاملة على شيء آخر فلا تغفل هذا .

وربما يقال : إنّ البائع أيضاً يتمكّن من الفسخ في صورة جهله بالحال ، وهذا

إنّما يتصوّر فيما إذا باع مال نفسه ومال غيره من المشتري باعتقاد أنه ماله وكان بيع أحدهما مربوطاً ببيع الآخر عند المتفاهم العرفي ثمّ ظهر أنّ الجزء الآخر للغير، فإنه في حكم الاشتراط وكأنّه علّق التزامه ببيع أحدهما على بيع الآخر، فيثبت له الخيار وأمّا في غير هذه الصورة أعني ما إذا لم يكن بيع أحد الشيئين مربوطاً ومنوطاً ببيع الشيء الآخر بحسب المتفاهم العرفي فلا يثبت الخيار للبائع أبداً، إذ البيوع متعدّدة ولا ربط لأحدها بالآخر.

فالمتحصّل: أنّ الخيار إنّما يثبت فيما إذا اشترط في ضمن العقد أو فيما إذا كان بيع أحدهما منوطاً ببيع الآخر بحسب الفهم العرفي، وأمّا مجرد قصد البائع ذلك من دون أن يذكره في ضمن المعاملة أو يكون أحدهما منوطاً ومربوطاً بالآخر عرفاً فهو لا يفيد في ثبوت الخيار، والثاني أعني كون أحدهما مربوطاً ومنوطاً بالآخر عرفاً قليل بالاضافة إلى البائع، وهذا بخلاف المشتري حيث إنه كثير الاتّفاق بالاضافة إلى المشتري في المعاملة الواحدة.

الجهة الرابعة: في تقسيط الثمن على كلا تقديري الردّ والاجازة، غاية الأمر أنّ التقسيط في صورة الاجازة بين البائع والمالك وفي صورة الردّ بين البائع والمشتري، وقد ذكروا في طريق ذلك أنّ كل واحد من المبيعين يقوّم منفرداً ثمّ يقوّمان مجتمعين وتلاحظ نسبة كل من القيمتين إلى قيمة المجموع ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة، وهذا الذي ذكروه إنّما يتمّ فيما إذا لم تكن للهيئة الحاصلة منهما خصوصية توجب زيادة القيمة كما في مصراعي الباب، وأمّا في أمثال ذلك فلا وجه لما ذكروه، مثلاً إذا قوّم كلا مصراعي الباب بثلاثين ديناراً وقوّم كل واحد منهما بعشرة دنانير فعلى ما ذكروه يرجع المشتري إلى البائع بثلث الثمن ويبقى للبائع ثلثاه وهو ممّا لا موجب له، بل يمكن العكس بأن نقول البائع إنّما يأخذ بقيمة ماله من المصراعين وقيمته عشرة دنانير فيدفع ثلثي الثمن إلى المشتري، هذا.

ولأجل ذلك ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ ما ذكروه لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة هذا ، وفي بعض الموارد يوجب اجتماع العوض والمعوّض وهذا كما إذا كانت الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة كما مثّلوا بالأمة وأُمّها فإنّ كل واحدة منهما بوحدتها لها قيمة وباجتماعهما قيمة أُخرى تنقص عن تلك القيمة ، فمثلاً تسوى الأمة خمسين ديناراً بوحدتها وأُمّها تسوى بثلاثين كذلك وأمّا هما معاً فتشتريان بخمسين أو أقل ، لعدم جواز الانتفاع بالأُمّ مع الدخول بالبنت ، وحينئذ إذا ظهرت البنت للغير ولوحظت قيمتها بالاضافة إلى قيمتهما مجتمعين كانت خمسين بخمسين أي نسبة الشيء إلى مماثله فيستردّ المشتري تمام الثمن المسمّى وتكون الجارية له ، وهو ما ذكرناه من اجتماع العوض والمعوّض ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه في المقام إنّما يتمّ على تقدير تقسيط الثمن للأوصاف كوصف الاجتماع ، وأمّا بناء على أنّ الثمن لا يتقسّط عليها وإنّما هي دواع لبذل الثمن على نفس المال والعين ، فلا قيمة لوصف الاجتماع حينئذ بل لابدّ من ملاحظة قيمة كل واحد من الجزأين منفرداً والجمع بين القيمتين وملاحظة نسبة كل منهما إلى مجموع القيمتين ثمّ الأخذ من الثمن بتلك النسبة ولعلّه ظاهر .

ثم إنّ للسيد (قدّس سرّه) كلاماً في حاشيته[٢] وقد ذكر فيه أنّ الهيئة الاجتماعية قد لا تكون موجبة لشيء من الزيادة والنقيصة ، وقد تكون موجبة للزيادة في الطرفين بالسوية ، وقد تكون موجبة لها فيهما بالاختلاف بأن تكون قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة ولا معه أربعة وقيمة الآخر معه ستّة ولا معه أربعة ، وقد تكون

---

(١) المكاسب ٣ : ٥١٦ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٨٩ .

موجبة للزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر .

إذا عرفت ذلك تعرف أنّ الأولى في كيفية التقسيط أن يقوّم كل منهما منفرداً لكن بملاحظة حال الانضمام لا في حال الانفراد ثمّ يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين ، إذ لو قوّم كل منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف ، مثلاً إذا كان أحدهما تزيد قيمته بالانضمام والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف (قدّس سرّه) فيما إذا قوّم أحدهما منفرداً باثنين ومنضمّاً بأربعة والآخر منفرداً بأربعة ومنضمّاً باثنين أن يكون لمالك الأول ثلث الثمن ولمالك الثاني ثلثاه مع أنّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال ، فينبغي أن يكون للأول الثلثان وللثاني الثلث وهكذا في سائر صور الاختلاف ، وأمّا على ما ذكرناه فلا يلزم نقص في مورد من الموارد انتهى كلامه (قدّس سرّه) .

وقد حمل كلام العلّامة والشهيدين (من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع) على ما ذكره هو (قدّس سرّه) من تقويم كل واحد منهما منفرداً لكن بوصف الانضمام . وما أفاده (قدّس سرّه) متين جدّاً ، هذا كلّه في القيمي .

وأمّا المثلي فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الحصّة فيه إن كانت مشاعة قسّط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصّتي البائع والأجنبي بما يخصّه وإن كانت حصّة كل منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع .

ولكنّا لم نفهم ما أراده (قدّس سرّه) من هذا الكلام ، فإنّ ما ذكره من ملاحظة القيمتين في صورة الافراز ، إن كان من جهة اختلاف الحصتين في القيمة من حيث

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٢٠ .

الجودة والرداءة فهو متين إلّا أنه لا يظهر من عبارته. وإن كان من جهة اختلاف قيم الأشياء باختلاف مقدارها قلّة وكثرة فهو لا يختص بفرض الافراز بل يجري في فرض الاشاعة أيضاً فإنّ كمية من الطعام إذا بيعت بقيمة فنصف تلك الكمّية قد تباع بأقل من نصف القيمة أو أكثر حسب اختلاف الرغبات. فالصحيح أنّ المثلي حكمه حكم القيمي مطلقاً.

مسألة من باع نصف الدار مع كونه مالكاً لنصفها

فتارةً يظهر بالقرائن الداخلية أو الخارجية أنّ المراد بالنصف هو نصفه المختصّ به أو نصف الغير أو النصف من نصفه والنصف من نصف الآخر وهكذا وهذا ممّا لا كلام لنا فيه.

وأُخرى يريد البائع مفهوم نصف الدار عرفاً من دون قصد شيء من خصوص نصفه أو نصف الآخر، فهل يؤخذ بظاهر هذا الكلام ويكون حجّة على تعيين المبيع واقعاً من النصف المملوك أو المملوك للغير وهكذا، ولا ينبغي الإشكال في أنّ الظهور في مقام الاثبات حجّة على تعيين المراد في مقام الثبوت، وحينئذ فيقع الكلام في أنّ نصف الدار ظاهر في أيّ نصف من النصفين.

وثالثة نعلم أنه أراد واحداً من النصفين بخصوصه أو النصف من كل نصف إلّا أنه لا قرينة على تعيين أحد هذه الاحتمالات فلا يُعرف مراده الواقعي، وفي هذه الصورة أيضاً يؤخذ بظاهر النصف، لأنّ الظهور في مقام الاثبات حجّة على تعيين المراد الواقعي، وهذا القسم أيضاً داخل في محل الكلام فلا وجه لحصره بالصورة الثانية كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1].

(١) المكاسب ٣ : ٥٢١.

ثم إنه في القسم الثاني الذي أراد البائع فيه مفهوم النصف عرفاً ، تارةً يكون المراد ما يستفاد من لفظة النصف بتجرّدها عرفاً ، وحينئذ إذا بنينا على أنّ النصف بتجرّده ظاهر في النصف المشاع فلا محالة نقطع بالمراد ولا يبقى مجال للبحث عن أنه إذا باع النصف من الدار فعلى أي شيء يحمل لفظ النصف ، إذ المفروض أنّ المستفاد منه بتجرّده هو النصف المشاع فلا محالة نقطع بالمراد من النصف كما ذكره السيد (قدّس سرّه) في الحاشية[1].

إلّا أنّ الظاهر أنّ هذه الصورة ليست بمراد للشيخ (قدّس سرّه) فلا يرد عليه ما أورده السيد (قدّس سرّه) من أنه لا يبقى للبحث عمّا اُريد من النصف مجال حينئذ وإنّما أراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) الصورة الثانية التي نتعرّض لها بعد ذلك .

واُخرى يكون المراد من النصف ما هو المستفاد منه عرفاً بملاحظة تمام الكلام لا ما يستفاد منه عرفاً بتجرّده ، وحينئذ يقع الكلام فيما اُريد بالنصف حيث إنه بتجرّده ظاهر في المشاع وبملاحظة تمام الكلام ظاهر في النصف المختصّ به لأنه ظاهر بيعه نصف الدار ، وهذه الصورة لعلّها هي مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) دون السابقة ، فلا يرد عليه ما أورده السيد (قدّس سرّه) من أنّ المراد معلوم حينئذ ولا مجال للبحث عمّا اُريد بالنصف .

وكيف كان ، فهذه أربع صور ، فالاُولى منها غير داخلة في محل النزاع وكذلك الاُولى من الثانية .

وأمّا الصورة الثانية منها فهي محل النزاع في المقام ، ولكن النزاع لا يختص بها بل يأتي في الصورة الثالثة أيضاً كما أشرنا إليه آنفاً ، هذا .

ثم إنه ربما يقال إنّ المعاملة في الصورة الثانية باطلة ، لأنه لا يدري ماذا يبيع

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٩١ .

في مقام الانشاء ، وإنّما أحاله على ما يستفاد من النصف عرفاً ، وقصد المبيع لازم في المعاملات لا محالة .

إلّا أنه يندفع بأنّ ذلك غير ضائر بالمعاملة بعد ما كان المبيع متعيّناً في الواقع حيث إنّا نعلم أنّ النصف ظاهر عند العرف في المشاع أو في غيره من المعاني فلا تردّد في المبيع ، غاية الأمر أنه لا يدري أنّ المالك للمبيع من هو وأنه هو بنفسه كما إذا كان النصف ظاهراً في النصف المختص به ، أو أنه هو وشريكه كما إذا أُريد منه المشاع ، أو أنه هو الشريك فقط كما إذا حمل على النصف المختص بالغير ، وقد تقدّم سابقاً أنّ المعتبر في المعاملة إنّما هو قصد التبديل بين المالين فقط ، وأمّا العلم بالمالك وخصوصياته فلا ولعلّه أوضح من أن يخفى ، هذا .

ثمّ إنّه تكلّم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فيما هو ظاهر النصف عرفاً وذكر أنّ فيه احتمالين : أحدهما حمله على المشاع لظهور النصف في الحصّة المشاعة بين النصفين . وثانيهما : حمله على النصف المختصّ به إمّا من أجل أنه منصرف في مقام التصرف إلى التصرف في نصفه المختص به ، وإمّا من جهة أنّ إنشاء البيع ظاهر في البيع لنفسه لأنّ بيع مال الغير لابدّ فيه من نيّة الغير ، أو اعتقاد كون المال لنفسه حقيقة أو ادّعاءً وهما خلاف المفروض .

ثمّ بعد ذلك تعرّض لما حكي عن الفخر (قدّس سرّه) من أنه قاس المقام على ما إذا كان للبائع عبد اسمه غانم وكان لغيره أيضاً عبد بهذا الاسم والعنوان وقال في مقام البيع بعت غانماً ، فإنه مع اشتراكه بين غانم نفسه وغانم غيره يحمل على غانم نفسه بالاجماع ، وهذه مسألة معنونة عندهم وادّعى الفخر (قدّس سرّه) أنّ المقام من هذا القبيل .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بإبداء الفرق بينه وبين المقام وأفاد أنّ غانم مشترك في حدّ نفسه ومجمل بين غانم نفسه وغانم غيره ، وكونه في

مقام التصرف قرينة على تعيين المراد من لفظة غانم فلذا يحمل على غانم نفسه وهذا بخلاف المقام حيث إنّ النصف ليس مجملاً ومشتركاً عند العرف بين المشاع والحصّة المختصّة به وإنّما هو ظاهر في المشاع ، وكونه في مقام التصرف ظاهر في إرادة الحصّة المختصّة به فيتعارضان ولا يكون أحدهما قرينة على إرادة أحد المعنيين من المجمل كما في الغانم ، هذا ملخّص كلامه (قدّس سرّه) .

ولا يخفى عليك أنّ في كلامه موارد للمناقشة والإشكال .

أمّا أوّلاً : فلأنّ ما أفاده من أنّ الانشاء ينصرف إلى بيع ماله دون بيع مال الغير ممّا لم أتحصّل وجهه ، حيث إنّ الانشاء أعمّ من البيع لنفسه أو للغير في موارد الأعيان الخارجية ، إذ لا يلزم فيها تعيين المالك أبداً ، نعم في بيع الكلّي ينصرف الاطلاق إلى ذمّة نفسه إذ لا مالية في الكلّي إلّا بالاضافة إلى ذمّة أحد وحيث أطلقه فينصرف إلى ذمّة نفسه كما إذا قال بعتك عشرة أمنان من الحنطة مثلاً حتّى أنه لو ادّعى بعد ذلك أنه أراد ذمّة الغير فلا يسمع منه أبداً .

وأمّا ثانياً : فلأنّ ما أفاده من أنّ كونه في مقام التصرف موجب لانصراف الظهور إلى بيع نصف نفسه ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما عرفت من أنّ النصف ظاهر في الاشاعة وهو يمنع عن حمله على خلاف الظاهر لأجل كونه في مقام التصرف ، نعم إذا كان متعلّق البيع مجملاً كما في مثال غانم كان التصرّف قرينة على تعيين المراد وأمّا مع فرض ظهوره فلا يقاومه ظهور التصرف ، فالظاهر أنّ النصف محمول على الاشاعة كما ذكره بعضهم ، وهذا كما إذا باع داره بقوله بعتك نصف الدار فلا محالة يكون ظاهراً في الاشاعة ويكون المشتري شريكاً معه في النصف المشاع لا النصف المعيّن ، نعم للمناقشة في ظهور النصف في المشاع بين الحصّتين مجال واسع لأنه ليس ظاهراً فيه عرفاً وإنّما هو ظاهر في المشاع في مقابل النصف المعيّن ، وعليه يكون المقام مثل بيع غانم المجمل ويكون ظهور التصرّف في كونه في مال نفسه قرينة

على تعيين المراد وكون المبيع نصفه المختص . ومن هنا يظهر الفرق بين المقام وإقرار أحد الشريكين بأنّ نصف الدار للغير فإنّ الإقرار إخبار وليس تصرّفاً ليكون ظاهراً في كونه في مال نفسه بل هو مجمل من هذه الناحية وإنّما يقرّ بأنّ نصف الدار واقعاً لزيد ، وأمّا انّ نصفها الآخر له أو لغيره فهو ساكت عن ذلك .

ولأجل ما ذكرناه من ظهور النصف في النصف المختصّ بنفسه ذكروا أنّه لو أصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق لشخص ثمّ طلّقها قبل الدخول يستحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي ، لأنّ ظاهر قوله تعالى : ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1] مطلق النصف الشامل للباقي أيضاً على وجه الاشاعة ، اللهم إلّا أنّ يحمل على الاشاعة بين النصفين فيأخذ نصف النصف الباقي وقيمة نصف الموهوب إلّا أنه خلاف الظاهر بل يحمل النصف على النصف المختصّ بها .

ملخّص ما ذكرناه في المقام : أنه إذا باع من له نصف الدار نصفها ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري فيه احتمالين ، وجعل المعارضة بين ظهور لفظ النصف في المشاع وبين ظهور الانشاء والبيع في بيع حصّة نفسه ، إلّا أنّا ذكرنا أنّ الظهورين لا معارضة بينهما من جهة أنّ النصف وإن كان ظاهراً في المشاع إلّا أنه غير ظاهر في المشاع بين النصفين بل في المشاع في مقابل النصف المعيّن ، وكونه في مقام التصرّف والبيع قرينة على إرادة الحصة المختصّة به ، ويرفع إجمال النصف وتردّده بين نصفه ونصف الغير وعليه فيكون المقام من قبيل بيع غانم المشترك بين غانم نفسه وغانم الغير حيث إنّ كونه في مقام التصرّف يعيّن غانم نفسه ويكون رافعاً لاجماله وتردّده .

وعلى تقدير المعارضة بين الظهورين لا وجه لتقديم الأول على الثاني بل الأمر بالعكس لأنه أقوى من الظهور الأول . ثم إنه من هذا القبيل ما لو أصدق عيناً

(١) البقرة ٢ : ٢٣٧ .

للمرأة فوهبت المرأة نصفها المشاع لشخص ثمّ طلّقها زوجها قبل الدخول فإنّ الزوج يملك النصف الباقي بالطلاق لقوله تعالى ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ والباقي نصف ما فرضه للمرأة ، لما عرفت من أنّ النصف ظاهر في المشاع والباقي نصف مشاع كما ذكرناه في المقام .

وأمّا مسألة إقرار أحد الشريكين بأنّ نصف هذا المال للغير ، فهي غير ظاهرة في نصفه المختصّ به لأنه إنّما يقرّ بأنّ نصف هذه الدار لزيد ، وأمّا أنه نصف نفسه أو نصف الغير فلا معيّن له ، نعم لو التفت إلى أنّ الاقرار في ملك الغير لا معنى له وأتى في مقام الشهادة بلفظ الاقرار يمكن أن يقال إنه يعيّن اختصاصه بملك نفسه ، إلّا أنّ الكلام فيما إذا قال نصف هذه الدار للغير من دون التلفّظ بلفظ الإقرار .

وأمّا مسألة المصالحة في من كان بيده المال وأقرّ لأحد المدّعيين بنصف المال وذلك المدّعي يقرّ بأنّ سبب تملّكه المال مشترك بينه وبين المدّعي الآخر لأنه أخوه والمال وصل إليهما من مورّثهما فوقع الصلح بين المقرّ له والمقرّ على النصف الذي أقرّ به ، ففيها أيضاً يمكن أن يقال إنّ النصف المصالح عليه مشاع بين المدّعيين ، وذلك لأنّ إقرار ذي اليد بالنصف لأحدهما مع اعتراف المقرّ له باشتراكه مع الآخر يقتضي أن يكون ربع المال لكل منهما . فالمصالحة الواقعة نافذة في الربع وفضولية في الربع الآخر ومتوقّفة على إجازة المدّعي الآخر ، فهذه المسألة لا ربط لها بما نحن فيه ولا تنافي ما ذكروه في المقام .

وأمّا مسألة الإقرار بثلث المال للغير في العين التي ثبت يد كل واحد من الشريكين على نصفها وأنكره الشريك ، فقد ذكروا أنّ المقرّ يدفع إلى المقرّ له نصف ما بيده من أجل أنّ السدس الموجود بيد الشريك المنكر للاستحقاق كالتالف من المال المشترك ونسبته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء ، فلا محالة يقسّم المال الموجود بيد المقرّ بينهما .

وقد يقال إنّ هذه الفتوى تنافي ما ذكرناه سابقاً من أنّ النصف والثلث وغيرهما ظاهرة في المشاع ومقتضاه حمل الثلث على ثلث المال ولازمه استحقاق المقرّ له من النصف الموجود بيد المقرّ ثلثه وهو سدس مجموع المال .

وفيه : أنّ ذلك إنّما يتم فيما إذا كان النصفان مفروزين فيكون ثلث ما بيد المقرّ للمقرّ له ، وأمّا ما في يد مالك النصف الآخر فهو لا يرتبط بالمقرّ . وأمّا إذا كان المال مشاعاً فما يأخذه المنكر نظير ما يأخذه الغاصب عدواناً يحتسب على كل من المقرّ والمقرّ له ولا يختص به المقرّ له بل نسبته إليهما على حدّ سواء . فالسدس الذي بيد المنكر نصفه من مال المقرّ ونصفه الآخر من مال المقرّ له ومقتضى ذلك أن يكون الباقي بينهما مناصفة .

وأمّا إقرار أحد الورثة بوارث آخر مع انكار الآخرين فالحكم فيها كالمسألة السابقة فيكون نصف ما بيد المقرّ للمقرّ له ، إلّا أنّهم ذكروا أنّ الوارث المقرّ يدفع للمقرّ له المقدار الزائد على ما يستحقّه باعتقاده ولم يفتوا بالتنصيف ، ومستندهم في ذلك بعض الأخبار الضعيفة[١] المنجبرة بعمل الأصحاب . هذا ولكن الذي يسهل الخطب أنّ الأخبار الواردة في المسألة ضعيفة السند وقد ذكرنا في محلّه أنّ عمل المشهور لا يمكن أن يكون جابراً لضعف الرواية بوجه ، هذا مع أنّ دلالتها ضعيفة أيضاً لأنّها إنّما دلّت على أنّ المقرّ له شريك في المال وأنّ المقرّ يلزم بذلك في حصّته وأمّا المقدار الذي يلزم به فلا دلالة فيها عليه ، فالصحيح أنّ حكم المسألتين واحد .

والمتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ الاقرار كالعلم الوجداني بأنّ الثلث للمقرّ له ، ولازم ذلك تقسيم النصف بين المقرّ والمقرّ له بالسوية ، لا إعطاء ثلث النصف له الذي هو سدس أصل المال وإن ذهب إليه الأصحاب في مسألة الاقرار

---

(١) الوسائل ١٩ : ٣٢٣ / كتاب الوصايا باب٢٦ ح٣ ، ٥ .

بالنسب إلّا أنّهم استندوا في ذلك إلى الأخبار الواردة في المقام وقد أشرنا آنفاً إلى أنّها ضعيفة السند والدلالة وأنه لا يمكن الاعتماد عليها بوجه، وأنّ الصحيح أن يعطى نصف المال الموجود للمقرّ له، هذا.

وقد ذكر السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته كلاماً عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) لم نفهم محصّله وحقيقته ولذا ننقل عين ألفاظه وعبارته قال: والفرق بينهما ـ يعني بين المقام والاقرار بالنسب في الارث ـ أنّ في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقرّ مستند إلى يد المنكر حيث إنه أثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقرّ والمقرّ له فيكون محسوباً عليهما، وفي مسألة الاقرار بالنسب ليس مستنداً إلى اليد بل هو من جهة مجرّد إنكار المنكر لخصوص حصّة المقرّ له وإلّا فلا أثر لليد لأنّ المفروض كون المال تركة للميّت ولا يد لأحد عليها غيره[1] انتهى كلامه (قدّس سرّه).

ولا يخفى أنّ التلف في كلا المقامين مستند إلى سبب شرعي، أمّا في المقام فلأنه مستند إلى اليد على ما اعترف به هو (قدّس سرّه). وأمّا في مسألة الأرث فلأجل أنه مستند إلى أصالة عدم أخ آخر له في البين وإنكار المنكر، والاقرار موجود في كلا المقامين، وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[2] من أنّهم بأجمعهم يعترفون بأنّ ثلث المال للمقرّ فهو أيضاً موجود في المقام لأنّهم بأجمعهم يعترفون بأنّ المقرّ مالك لثلث المال فلا فرق بين المقامين أبداً، هذا.

وقد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[3] كلاماً أشار إليه شيخنا الأنصاري

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي): ١٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٢ : ٣١٨.

(٣) منية الطالب ٢ : ٢١٢ ـ ٢١٣.

(قدّس سرّه) بنفسه وهو أنّ المقرّ إنّما أقرّ بأنّ ثلث أصل المال للمقرّ له ، وذلك صريح في أنّ ثلث النصف الموجود في يده للمقرّ له كما أنّ ثلث النصف الموجود بيد الشريك للمقرّ له ، فهو لم يعترف إلّا بأنّ ثلث ما في يده للغير ، وعليه فلا وجه لدفع نصف ما بيد المقرّ إليه ، هذا .

ولا يخفى أنّ ذلك وإن كان مسلّماً عند شيخنا الأنصاري أيضاً ولا كلام لنا في ذلك أيضاً إلّا أنّ محطّ نظره وبحثه هو أنّ ثلث النصف الموجود بيد المقرّ وإن استحقّه المقرّ له باقرار المقرّ إلّا أنّ ثلث النصف الموجود بيد المنكر بأي وجه يختصّ به المقرّ له حتّى يحكم بأنّ نصف حصّته غصب بإذن من الشارع أو بغير إذنه ، وإن كان لشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) كلام فليتكلّم في ذلك لا في أنّ المقرّ إنّما اعترف بأنّ ثلث المال الموجود بيده للمقرّ له فإنّ ذلك وإن كان مسلّماً إلّا أنه لا يكون سبباً لاختصاص السدس الذاهب بالمقرّ له بل يحتسب عليهما معاً ، وكيف كان فالصحيح ما ذكرناه من أنّ المال يقسّم بينهما نصفين . هذا تمام الكلام في من باع نصف الدار فيما إذا كان مالكاً لنصفها المشاع .

وأمّا إذا كان مالكاً لنصفها المفروز والمعيّن كما إذا كان مالكاً للنصف الشرقي وكان النصف الغربي لشريكه وباع نصفها ، فالظاهر أنه يحمل على نصفه المختصّ به كما في بيع الغانم المشترك لا على نصف الغير ما لم ينصب على إرادة بيع مال الغير قرينة ، هذا كلّه فيما إذا كان البائع أجنبياً عن شريكه وكان بيع ماله فضولياً بالاضافة إليه .

وأمّا إذا كان وكيلاً لشريكه أو ولياً عليه كما إذا كان جدّه فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع إن كان هو ظهور

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٢٢ .

التصرف في التصرف فيما له الحقّ فلا معارضة في المقام ، لأنّ المفروض أنه جائز التصرف في كل واحد من النصفين فلابدّ من حمل النصف على الاشاعة . وأمّا إذا قلنا بأنّ المعارض لظهور النصف في المشاع إنّما هو ظهور الانشاء في البيع لنفسه فالمعارضة موجودة في المقام ولابدّ من تقديم ظهور النصف في الاشاعة على الظهور الثاني ، هذا .

وما أفاده من أنّ النصف ظاهر في الاشاعة وإن كان كما أفاده ، إلّا أنه ليس ظاهراً في المشاع بين النصفين بل في الاشاعة في مقابل النصف المعيّن ، وعليه فالظهور الثاني لا يعارض ظهور النصف ويحمل النصف على النصف المشاع المختصّ به .

الكلام في بيع ما يُملك وما لا يُملك

ذهب المشهور إلى صحّة بيع ما يملك وما لا يملك وأنّ الثمن يتقسّط بينهما فيكون بالاضافة إلى ما يملك صحيحاً وبالاضافة إلى ما لا يملك باطلاً ، وهذا الذي ذهبوا إليه هو الذي تقتضيه القواعد والعمومات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ الانشاء وإن كان واحداً إلّا أنّ البيع متعدّد ، وتقابل المجموع بالمجموع يقتضي تقابل البعض بالبعض فيتقسّط الثمن عليهما ويحكم بالصحة فيما قابل ما يملك وبالفساد فيما قابل ما لا يملك ، هذا .

وقد استدلّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على صحة البيع في المقام بصحيحة الصفّار[2] المتقدّمة حيث قال (عليه السلام) فيها يجوز البيع فيما يملك ولا

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٣١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٣٩ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢ (نقل بالمضمون) .

يجوز فيما لا يملك ، ومورد هذه الرواية وإن كان هو بيع ماله ومال غيره كما تقدّم سابقاً وهو أمر آخر غير بيع ما يُملك وما لا يُملك ، إلّا أنّ قوله (عليه السلام) يجوز فيما يملك ولا يجوز فيما لا يملك يقتضي صحة تقسيم الانشاء الواحد إلى أمرين ، ويتعدّى منه إلى المقام بتنقيح المناط ، وكيف كان فالبيع بالاضافة إلى ما يُملك صحيح ، هذا .

وربما يستشكل في صحّة البيع في المقام بوجوه .

الأول : أنّ البيع الواحد لا يقبل الصحة والفساد وكيف يحكم عليه بهما مع أنه إنشاء واحد وبيع فارد ، فإمّا أن يحكم بالصحة في الجميع ، وإمّا أن يحكم بالفساد كذلك ، وبما أنّ البيع في المقام غير محكوم بالصحة في الجميع فلا محالة يحكم بالفساد مطلقاً .

وهذا الوجه يندفع بما أشرنا إليه آنفاً من أنّ البيع متعدّد وإنّما الانشاء واحد إذ يصدق أن يقال إنّه باع الشاة وأنه باع الخنزير ، ولا مانع من أن نحكم بالصحة في بعضها وبالفساد في بعضها الآخر .

الثاني : أنّ المتبايعين إنّما قصدا المجموع في مقابل المجموع دون بعضها في مقابل بعض الثمن ، فلا محالة يكون البيع بالاضافة إلى البعض باطلاً .

والجواب عن ذلك : يظهر ممّا ذكرناه آنفاً من أنّ البيع متعدّد وأنه قصد بيع كل واحد من الشاة والخنزير ، غاية الأمر اشترط الانضمام فهو قاصد لبيع كل واحد منهما بشرط انضمامه إلى الآخر لا أنه غير قاصد إليه ، وعليه فيكون الحكم بالصحة في بعضها موجباً لتخلّف شرط الانضمام لا أنه حكم بالصحة فيما لم يقصده المتبايعان .

الثالث : أنّ الحكم بالصحة في مقابل الشاة يستلزم الجهالة بمقدار الثمن والجهالة توجب فساد المعاملة ، وذلك لأنه لا يعلم أنّ الواقع بازاء الشاة أيّ مقدار

من مجموع قيمتي المجموع ، وهذا الوجه حكي عن الشافعي[١] ولأجله خصّوا الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري بأنّ أحدهما ممّا لا يُملك .

والجواب عن ذلك : أمّا الغرر فهو مفقود في المقام لعدم كون إقدامه على بيعها خطريّاً إذ على تقدير عدم قابليته للملكية يتقسّط الثمن بينهما ، والجهالة إنّما اشترط عدمها في البيع بالاجماع ولا دليل عليه غيره ، والعلم بمقدار الثمن وعدم الجهالة إنّما يشترط بالاضافة إلى المجموع لا إلى كل واحد واحد من أجزاء المبيع بمعنى أنّ اللازم في صحة المعاملة هو العلم بأنّ مجموع المبيع في مقابل كذا مقدار من الثمن والجهل بذلك يوجب فساد البيع لا الجهالة بثمن بعض أجزاء المبيع . والاجماع إنّما هو على فساد البيع فيما إذا كان ثمن المجموع مجهولاً ولم يقم إجماع على بطلانه لجهالة ثمن بعض أجزاء المبيع كيف وقد ذهب المشهور إلى صحّة البيع في المقام مع أنّ الثمن الواقع في مقابل بعض الأجزاء مجهول .

وإن شئت قلت : إنّ المعتبر في صحة المعاملات إنّما هو العلم بمقدار الثمن في مقام البيع والمعاملة لا من حيث إمضاء الشارع وعدمه ، ومقدار الثمن في مقام البيع غير مجهول في المقام ، وإنّما يتّصف بالجهالة عند التقسيط وحكم الشارع بالصحة في الشاة والفساد في الخنزير ولا دليل على بطلان المعاملة بتلك الجهالة ، والاجماع إنّما هو على اعتبار العلم في مقام البيع دون الامضاء ، وقد عرفت أنّ المشهور بل الاجماع على صحّة البيع في المقام فلا تغفل ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحة البيع بالاضافة إلى ما يُملك بوجه .

نعم ، بقي في المقام شيء : وهو أنّا إذا بنينا على أنّ الشرط الفاسد مفسد للمشروط أيضاً من أجل أنّ الواقع من المعاملة إنّما هو الالتزام المقيّد بالشرط

---

(١) المجموع ٩ : ٣٨١ ، العزيز شرح الوجيز ٤ : ١٤٠ .

الفاسد الذي ألغاه الشارع وحكم بفساده ، وهذا المقيّد لم يرض به الشارع ولم تشمله العمومات ، وأمّا المعاملة المجرّدة عن ذلك الشرط فهي لم تقع في الخارج حتّى تشملها العمومات ، فلا محالة تكون المعاملة المشروطة بالشرط الفاسد فاسدة نتعدّى من ذلك إلى فساد الجزء أيضاً ونقول إنّ الجزء الفاسد أيضاً يفسد المعاملة لأنّ مرجع فساد الجزء في المقام إلى فساد الشرط حيث إنه اشترط الانضمام بالجزء الفاسد فيكون موجباً لفساد البيع لا محالة ، نعم لو كان هناك دليل على أنّ الشرط الفاسد مفسد غير ما أشرنا إليه فلا محالة نقتصر على فساد الشرط دون الجزء ، إلّا أنّ البرهان المتقدّم آتٍ في الجزء أيضاً .

والذي يسهّل الخطب أنّا لا نقول بافساد الشرط الفاسد لما سيجيء في محلّه إن شاء الله تعالى ، وعلى ما ذكرناه لا يبقى لما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من الفرق بين فساد الجزء وفساد الشرط في المقام وجه .

وأمّا كيفية تقسيط الثمن فهي كما تقدّمت الاشارة إليه أن يقوّم كل واحد من المالين بلحاظ الانضمام إلى الآخر ثمّ يجمع بين القيمتين ويؤخذ من الثمن بنسبة قيمة كل واحد من المالين بلحاظ الانضمام إلى قيمة المجموع وهي مجموع القيمتين ، هذا كلّه فيما إذا كان كل واحد ممّا يُملك وما لا يُملك ممّا له مالية عند العرف لا محالة كما في الشاة والخنزير والخلّ والخمر .

وأمّا إذا كان عدم قابلية أحدهما للملكية مستنداً إلى عدم ماليته كما إذا باع الشاة والخنفساء التي لا مالية لها عرفاً ، فالظاهر أنّ المعاملة في مثل ذلك باطلة لأجل الجهل بمقدار ثمن الشاة حين المعاملة ، وذلك لأنه لا مالية عرفية للخنفساء حتّى يقال إنّ الخنفساء تقوّم في حالة الانضمام للشاة ويؤخذ بنسبتها إلى مجموع

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢١٩ .

القيمتين عند التقسيط ، إذ المفروض أنه لا مالية للخنفساء عرفاً ، والقيمة الشخصية التي لاحظها المشتري حين المعاملة لا تصحّح المعاملة ، لأنّ المدار إنّما هو على ملاحظة قيمة كل من الجزأين عرفاً والأخذ بنسبتها إلى مجموع القيمتين ، ولا اعتبار بالقيمة الشخصية وبما اشترى به المشتري ، وهذا بخلاف بيع الشاة والخنزير حيث إنّ للخنزير مالية عند العرف فتلاحظ قيمتها حال الانضمام ويؤخذ من الثمن بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين ، هذا كلّه فيما إذا اشترى المشتري وباع البائع كل واحد من الشاة والخنزير بما أنه شاة وخنزير .

وأمّا إذا باعهما أو اشتراهما بما هما شاتان ثمّ ظهر أحدهما شاة والآخر خنزيراً فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الخنزير يقوّم بما أنه شاة لا بما أنه خنزير فيقال بأنّ الشاة بمقدار الخنزير وبلونه وسمنه تسوى كذا مقداراً حين الانضمام إلى الشاة الأُولى ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة .

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) بأنّ البيع إنّما وقع على الأمر الواقعي وعلى العين الخارجية وهي الخنزير ولم يقع على الشاة ، إذ المفروض أنّ الموجود هو الخنزير فلابدّ من تقويم الخنزير بما هو خنزير لا بما هو شاة .

ولا يخفى أنّ البيع لو كان واقعاً عليه لكان لما أفاده وجه ، ولكن المفروض أنّا ندّعي عدم وقوع البيع عليه لفساده فلم يقع البيع على الموجود الخارجي حتّى يقال إنه خنزير لا أنه شاة ، وإنّما الغرض تعيين قيمة الشاة التي وقع عليها البيع واقعاً وعليه فلا وجه لتقويم الخنزير بما أنه خنزير لأنه لم يشتر الخنزير حسب الفرض وإنّما اشترى الشاة . وبالجملة أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو

(١) المكاسب ٣ : ٥٣٤ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٢٤ .

الصحيح .

فالمتحصّل : أنّ البيع بالاضافة إلى ما يُملك صحيح ويتقسّط الثمن بينهما كما عرفت .

وأمّا ما عن الشهيدين[١] والعلّامة (قدّس سرّه)[٢] من أنّ الثمن بأجمعه يقع في مقابل ما يُملك ولا يتقسّط بينهما في صورة علم المشتري بالمال فلم نعرف له وجهاً لأنّه اشتراهما معاً وإنّما بذل الثمن في مقابلهما لا في مقابل أحدهما .

الكلام في ولاية الأب والجدّ

قد ذكرنا في شرائط المتعاقدين أنّهما لابدّ من أن يكونا مالكين أو مأذونين من قبل المالك أو وليّين عليه وقد تقدّم الكلام في الأوّلين ، وبقي الكلام في الثالث ونقول : المتصرّف في مال الغير تارةً يستند إلى إذن ذلك الغير أو إجازته فيعبّر عنه بالوكيل والمأذون ، وتصرّفهما في ماله لابدّ وأن يكون عن رضاه وطيب نفسه .

وأُخرى يتصرّف في مال الغير من دون حاجة إلى إذن الغير وإجازته ولا رضاه وطيب نفسه ومع ذلك تكون تصرفاته نافذة في حقّ ذلك الغير ويعبّر عنه بالولي ، ولهذه الولاية موارد .

منها : ولاية الأب والجدّ على الطفل ، وثبوتها كاد أن يكون من ضروريات الفقه إذ لم يختلف فيها اثنان ، هذا .

مضافاً إلى الأخبار والروايات المستفيضة الواردة في الأبواب المختلفة المصرّحة بولاية الأب والجدّ على الطفل :

---

(١) حكى عن الشهيد الأول في مفتاح الكرامة ٤:٢٠٩، ٢١٠، وانظر المسالك ٣:١٦٣ ـ ١٦٤ .

(٢) التذكرة ١٢ : ١١ .

منها : ما ورد(١) في النكاح من أنّهما وليّان على تزويج البنت والابن . ومنها : ما ورد(٢) في المضاربة ودلّ على جواز تصرفهما في مال الطفل باعطائه للغير من باب المضاربة . ومنها : ما ورد(٣) في الحجر من أنّ الصغير لا يتمكّن من التصرف في ماله وإنّما يتصرف فيه الأب والجدّ ، وغير ذلك ممّا ورد في أبواب الفقه .

والظاهر أنّ الأولوية التي ادّعاها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام وذكر أنّ الأب والجدّ وليّان على التصرف في مال الطفل بفحوى ما ورد من سلطنتهما وولايتهما على تزويج البنت صحيحة وهي كما أفاده (قدّس سرّه) وإن منعنا الأولوية في باب الفضولي وذكرنا أنّ ما ورد في النكاح لا يستفاد منه جواز الفضولي في المعاملات ، والوجه في صحّة الأولوية في المقام هو أنّ الشارع إذا سبّب وجعل الولاية للأب والجدّ في تزويج البنت والابن الذي هو تسليط على شؤون البنت وتصرّف له أمد طويل وهو حلّيتها لزوجها إلى آخر الحياة ، فلا محالة يسبّب ويجعل الولاية لهما في التصرف في مال الصغير الذي هو تمليك للمال بطريق أولى ، إذ لا أهمية له ولا أمد طويل فيه ، وهذه الأولوية ملحوظة في مقام الجعل والتسبيب لا في مقام العمل بعد وقوعه كما في الأولوية في باب الفضولي فإنّها هي التي منعناها هناك وقلنا إنّ الحكم بصحة نكاح الفضولي لا يستلزم الحكم بصحّة البيع الفضولي بطريق الأولوية ، لأنّ الحكم بالصحّة في النكاح إنّما هو لأجل الاحتياط وتقديم احتمال الزنا المجرّد على احتمال الزنا بذات البعل وهو غير موجود في المعاملات ، لأنّ غاية ما هناك أن يكون البيع فاسداً وغير موجب لانتقال المال إلى المشتري وهو

(١) الوسائل ٢٠ : ٢٧٥ ، ٢٨٩ / أبواب عقد النكاح ب٦ ، ١١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٤٢٧ / كتاب الوصايا ب٩٢ ح١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٠٩ / كتاب الحجر ب١ ح١ .

ليس بمحذور أهم ، وتوضيح ذلك : أنّ الحكم بالصحة في النكاح لأجل الاحتياط هو أنه إذا زوّجها الفضولي من أحد فإنّ الحكم بالصحة فيه أولى من الحكم بالفساد للاحتياط ، وذلك لأنّها إن كانت زوجته واقعاً وحكمنا بفساد النكاح فيلزم منه الزنا بذات البعل عند تزويجها من غيره ، وهذا بخلاف ما إذا حكمنا بالصحة فإنّها على تقدير عدم كونها زوجة له واقعاً لا يلزم منه إلّا مجرد الزنا ، ومن المعلوم أنّ الزنا بذات البعل لا يقاس بالزنا المجرد والثاني أهون منه بمراتب ، وإن كان كلاهما على خلاف الاحتياط ، إلّا أنّ أولى الاحتياطين هو الحكم بالصحة . وكيف كان فالأولوية المدّعاة إنّما هي الأولوية في مقام الجعل والتسبيب وقد عرفت الأولوية فلا نعيد ، وكيف كان فأصل ولاية الأب والجدّ ممّا لا يقبل الانكار .

فهل الولاية ثابتة في حقّها على الاطلاق أو أنّها مقيّدة بالعدالة فيهما فلا ولاية للأب والجدّ فيما إذا كانا فاسقين ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الولاية ثابتة لهما مطلقاً كما هو المشهور ، واستدلّ على عدم اشتراط العدالة بالأصل والاطلاقات ، والمراد بالأصل في المقام ليس هو البراءة قطعاً ، إذ لا كلام لنا في ثبوت تكليف حتّى ننفيه بالبراءة وإنّما الكلام في اشتراط العدالة وعدمه ، فالمورد خارج من موارد جريان البراءة فيتعيّن أن يراد بالأصل الاستصحاب .

فحينئذ إن أراد بالاستصحاب استصحاب عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة في الشريعة المقدّسة بمفاد ليس الناقصة ، فيتوجّه عليه أنّ الولاية متى ثبتت لهما في الشريعة من دون اشتراط العدالة فيها لنستصحبه ونقول إنّها كما كانت ولم يشترط العدالة فيها فعلاً .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٣٥ ـ ٥٣٦ .

وإن أراد نفيه بمفاد ليس التامّة وإجراء الاستصحاب في العدم الأزلي ، فهو وإن كان متيناً في حدّ نفسه لما ذكرنا في محلّه من أنّ الاستصحاب يجري في الأعدام الأزلية فيقال في المقام إنّ كلاً من الولاية واشتراط العدالة كان غير موجود في الشريعة المقدّسة ثمّ علمنا بوجود الولاية وثبوتها وشككنا في تحقّق اشتراط العدالة معها فالأصل عدم تحقّق الاشتراط معها ، إلّا أنّ ذلك منافٍ لمسلكه (قدّس سرّه) من عدم جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية أوّلاً .

وثانياً : أنّ استصحاب عدم الاشتراط ولو باجراء الأصل في الأعدام الأزلية لا يثبت الاطلاق وأنّ الولاية لهما ثابتة على نحو الاطلاق إلّا بنحو الأصل المثبت الذي لا نقول به .

وثالثاً : أنّ هذا الاستصحاب مبتلى بالمعارض لما ذكرناه غير مرّة من أنّ الاطلاق والتقييد أمران متضادّان فاستصحاب عدم الاشتراط معارض باستصحاب عدم لحاظ الاطلاق في مقام الجعل والتشريع ، فإنّ كل واحد منهما يحتاج إلى لحاظ الحاكم لا محالة وأصالة عدم أحدهما معارض بأصالة عدم الآخر فيتعارضان ، وكيف كان فلا أصل لهذا الأصل .

وأمّا الاطلاقات فهي كما أفاده (قدّس سرّه) مطلقة وتدلّ على عدم اعتبار العدالة في الأب والجدّ ، بل لم يخالف في ذلك من الأصحاب إلّا ما حكي عن الوسيلة(١) والايضاح(٢) فإنّهما اعتبرا العدالة في ولايتهما واستدلّا على اشتراط العدالة بأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله ، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره مع نصّ

---

(١) لاحظ الوسيلة : ٢٧٩ .

(٢) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨ .

القرآن على خلافه ، انتهى .

وقد استظهر شيخنا الأنصاري من جامع المقاصد[(١)] أنّهم أرادوا بنصّ القرآن قوله تعالى **﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾**[(٢)] إلّا أنّها لا دلالة فيها على اشتراط العدالة بوجه ، إذ المراد عدم الركون إلى الظالم فيما يرجع إلى اُمور الدين والآخرة دون غيره ، مثلاً إذا أخبر الظالم عن حرمة شيء أو نبوّة أحد فلا يمكن الركون إلى قوله لاستلزامه النار في الآخرة لعدم مطابقة قوله الواقع ، وأمّا توكيل الظالم في بيع ماله أو أمر آخر فهو ليس ركوناً إليه على نحو يوجب مسّ النار كما في الآية المباركة ، وتوكيل الظالم ليس من المحرّمات الشرعية قطعاً ، مضافاً إلى أنّ جعله وليّاً ليس ركوناً إلى الظالم بعد ما صار أميناً بالولاية .

ويحتمل أن يراد بنصّ القرآن قوله تعالى **﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾**[(٣)] بملاحظة ذيل عبارة الايضاح المتقدّمة[(٤)] حيث قال : ويقبل إقراراته وإخباراته ، إلّا أنّها أيضاً لا دلالة فيها على اشتراط العدالة في الولي من أجل أنّها إنّما تدلّ على عدم قبول إخبار الفاسق عن الغير فيما يترتّب عليه الآثار بلحاظ قوله تعالى **﴿فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾** وأمّا إذا أخبر عن شؤون نفسه من دون أن يترتّب عليه أثر على الغير كما إذا قال : إنّ ثوبي ملك فلان أو نجس أفلا يجوز قبوله بدعوى أنه فاسق ، فإنه لابدّ من قبوله بما أنه ذو اليد لا بما أنه فاسق ، وفي المقام أيضاً نقبل إخبارات الأب الفاسق

(١) جامع المقاصد ١١ : ٢٧٥ .

(٢) هود ١١ : ١١٣ .

(٣) الحجرات ٤٩ : ٦ .

(٤) تقدّمت آنفاً .

بما أنه ولي لا بما أنه فاسق . وبعبارة أُخرى : الآية المباركة بقرينة ذيلها إنّما تدلّ على عدم اعتبار خبر الفاسق بصفة أنه فاسق لا على نحو الاطلاق كعنوان أنه مالك أو ذو يد أو ولي ، فكما نقبل إقرار الفاسق بما أنه مالك للمال فكذا نقبل إخباره عن أموال الطفل بما أنه وليّه بعد ثبوت ولايته ، فالاستدلال بهذه الآية ممّا لا مورد له .

وأمّا استحالة جعل الفاسق أميناً من حكمة الصانع كما أُفيد فيدفعه : أنه لا مانع من ذلك فيما إذا رأى الحكيم في ولاية الأب مصلحة ولأجلها جعل له الولاية والسلطنة ، وهذه المصلحة هي رأفة الأب على ولده وإن كان في أعلى مراتب الفسق ، إذ سائر الناس ليسوا بأرأف به من أبيه وجدّه ولو كانوا في أعلى مراتب العدالة ، وهذه الرأفة هي التي توجب حفظ مال الصبي .

وبالجملة : أنّ المصلحة النوعية وهي الشفقة على الولد بمقتضى الطبيعة البشرية توجب جعل الولاية لهما ، وعلى تقدير كونهما متلفين لأموال الولد فللحاكم عزلهما كما هو واضح .

فالمتحصّل : أنّ العدالة غير معتبرة في ولاية الأب والجدّ .

فيقع الكلام بعد ذلك في أنّ تصرف الأب والجدّ هل يشترط في صحته ونفوذه أن يكون على وفق مصلحة الولد أو يكفي في صحّته عدم المفسدة أو أنه لا يعتبر في صحّته شيء من المصلحة وعدم المفسدة ؟

قد حكي الأول عن الشيخ الطوسي[١] وذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] إلى الثاني وحكى الثالث عن بعضهم . وربما يفصّل بين الأب والجدّ باشتراط المصلحة في الجد والاكتفاء بعدم المفسدة في الأب .

---

(١) المبسوط ٢ : ٢٠٠ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٣٧ .

وقد استدلّ لعدم اشتراط المصلحة وعدم المفسدة باطلاق ما ورد[1] من أنّ الولد وماله لأبيه ، أو « أنت ومالك لأبيك » أو غير ذلك ممّا ورد في المقام ، ومن الظاهر أنّ تصرّفات الإنسان في مال نفسه لا تشترط بالمصلحة أو عدم المفسدة بل هي صحيحة ونافذة مطلقاً ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذه الأخبار بأجمعها أجنبية عن الولاية ولا دلالة لها على اشتراطها أو عدم اشتراطها بشيء وتوضيح ذلك : أنّ المراد من قوله (عليه السلام) « أنت ومالك لأبيك » ليس هو الملك قطعاً ، إذ لا معنى لأن يكون الولد ملكاً لوالده ، وإلّا فيصير كالعبد ولا يتملّك شيئاً ، نعم لو لم تشتمل الرواية على لفظة أنت لكان احتمال الملك ممكناً إلّا أنّك عرفت أنّ الرواية مشتملة على لفظة أنت ، ومعه لا يبقى مجال لهذا الاحتمال ، هذا .

مضافاً إلى أنّ ذلك ينافي ما ورد من أنّ الولي أعني الأب والجد يجوز أن يقترض من مال الولد[2] أو أنه يقوّم جارية الابن على نفسه[3] إذ لو كان الولد وماله ملكاً لهما فلا يحتاج إلى الاقتراض بل هو ماله ، كما لا يكون حينئذ معنى لتقويم الجارية ولعلّه ظاهر فاحتمال إرادة الملك مقطوع الفساد .

كما أنّ المراد منها ليس هو الولاية بمعنى أنت ومالك تحت تصرّف أبيك وذلك لأنّ بعضها ورد في الكبير كالرواية[4] المتضمّنة لشكاية الولد إلى النبي (صلّى الله عليه وآله) من أبيه وما ورد في تزويج الجد للبنت معلّلاً بأنّ البنت وأباها للجد

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٢ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٢٦٤ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٦ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٣ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٢٦٥ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٨ .

ومن المعلوم أنّ الكبير لا معنى للولاية عليه ، فهذا الاحتمال أيضاً مندفع .

وأمّا احتمال إرادة الملك تنزيلاً بمعنى أنّ الولد وماله وإن لم يكونا مملوكين للأب حقيقة إلّا أنّهما في حكم الملك بالنسبة إليه ، فهو أيضاً مندفع بأنّ ذلك ينافي الاقتراض من مال الولد وتقويم جاريته على نفسه لأنّ الإنسان لا يقترض من مال نفسه ولا يقوّم ماله على نفسه .

وأمّا احتمال إرادة الانتفاع بمال الولد ونفسه بمعنى أنّ الوالد يجوز له الانتفاع من الولد وماله ، فهو وإن كان صحيحاً في حدّ نفسه إلّا أنه لا دلالة فيه على الولاية لأنّ جواز الانتفاع أمر غير الولاية على الولد كما هو ظاهر .

فتحصّل : أنّ هذه الأخبار لا دلالة فيها على الولاية ولا على تقييدها واشتراطها بشيء .

والتحقيق في معنى الحديث أن يقال : إنه ناظر إلى أمر أخلاقي ناشئ من الأمر التكويني ، وذلك الأمر التكويني هو أنّ الله تعالى قد وهب الولد لوالده كما هو مقتضى قوله تعالى ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾[(١)] فهو موهوب وهدية من الله لوالده كما ورد في عدّة روايات[(٢)] سئل فيها عن وجه حلّية مال الولد لوالده دون العكس فأجابه (عليه السلام) بأنّ الولد موهوب إلهي للأب ومقتضى الهدية في مقابل المشاق التي احتملها الأب وتوسّل إلى الله تعالى في طلب الولد أن لا يمنعه الولد عن التصرف فيه وفي ماله ، فلا ربط لتلك الروايات بالولاية كما لا يخفى .

واستدلّ أيضاً على عدم اعتبار شيء من الأمرين في ولايتهما باطلاق ما دلّ

---

(١) الشورى ٤٢ : ٤٩ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٢٦٦ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٩ .

على ولاية الأب والجدّ على تزويج البنت وتقديم تزويج الجد على تزويج الأب فيما إذا زوّجا البنت من شخصين في زمان واحد معلّلاً بأنّ الأب وماله للجدّ، فولاية الجدّ أقوى من ولاية الأب في النكاح، لكن الإنصاف أنه لا إطلاق لهذه الروايات بل هي منصرفة إلى جعل السلطنة للولي في التصرّفات التي لا تكون مضرّة بالمولّى عليه.

وكيف كان، فلم يثبت عدم اشتراط الولاية والتصرّف بالمصلحة في مثل البيع والاجارة وغيرهما من المعاملات، فإذا قلنا باشتراطه فيها بالمصلحة لقلنا باشتراطه بها في النكاح بطريق أولى لأنه أهم، كما أنّ نفوذ تزويجهما إذا لم يثبت اشتراطه بالمصلحة في النكاح لقلنا بعدم اشتراطه بها في المعاملات بطريق الأولوية.

فالمتحصّل: أنّ هذه الأخبار لا يستفاد منها عدم اشتراط التصرّف بالمصلحة وعدم المفسدة. مضافاً إلى أنّها على تقدير إطلاقها ودلالتها على عدم الاشتراط نقيّدها بصحيحة أبي حمزة الثمالي[1] الدالّة على تقييد التصرف في مال الابن بصورة الحاجة مذيّلة بقوله تعالى ﴿والله لَا يُحِبُّ الْفَسَاد﴾[2] فإنّ معناه أنّ الله يبغض الفساد لا أنه يكرهه، إذ لا معنى لكراهة الفساد، فتكون هذه الصحيحة دليلاً على حرمة التصرف من دون مصلحة أو مع وجود المفسدة فيكون موجباً لتقييد هذه الأخبار المتقدّمة على تقدير إطلاقها ودلالتها على عدم الاشتراط. هذا كلّه في التصرّفات الراجعة إلى غير الولي في مال الولد.

وأمّا في التصرفات الراجعة إلى نفسه في مال الولد فلا ينبغي الإشكال في عدم اشتراطها بالمصلحة بل مجرد عدم وجود المفسدة فيها كافٍ في صحّتها كما إذا

(١) تقدّمت آنفاً، وهي الرواية الثانية من الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) البقرة ٢ : ٢٠٥.

احتاج إلى تبديل فلوسه بدراهم الولد أو إلى جاريته وهكذا، فإنّ عدم المفسدة في مثل تلك التصرفات كافٍ في صحّتها ولعلّه ظاهر.

ملخّص ما ذكرناه: أنّه استدلّ على عدم اشتراط الولاية بشيء من المصلحة وعدم المفسدة بالأخبار المتقدّمة الواردة في أنّ الولد وماله لأبيه، إلّا أنّك عرفت أنّها غير واردة في الولاية بوجه، ولا دلالة لها على الملكية الحقيقية ولا التنزيلية ولا غيرها، وإنّما وردت لأجل أمر آخر لا ربط له بالولاية. نعم الأخبار الواردة في النكاح الدالّة على أنّ الجد والأب يزوّجان الابن والبنت وعلى تقدير المزاحمة يقدّم الجدّ على الأب قد يدعى أنّها مطلقة وغير مقيّدة بوجود المصلحة أو بعدم المفسدة ويمكن أن يستدلّ بها على عدم اشتراط الولاية بشيء، وعليه فنفي الاشتراط في غير النكاح بطريق الأولوية، إلّا أنّ صحيحة أبي حمزة الثمالي المتقدّمة[١] تدلّ على تقييد الولاية بعدم المفسدة وتوجب تقييد تلك المطلقات كما مرّ، فإذا ثبت الاشتراط في غير النكاح فنثبته في النكاح بطريق أولى، هذا.

وربما يقال كما عن بعض مشايخنا المحقّقين[٢] إنّ الأخبار الواردة في النكاح أيضاً مقيّدة بعدم المفسدة ولا إطلاق فيها بوجه، وذلك لما ورد في بعضها من أنّ الجدّ يقدّم على الأب عند المزاحمة إلّا إذا كان مضارّاً وفي مقام الاضرار، وهي توجب تقييد غيرها من الأخبار بعدم المفسدة لا محالة، هذا.

ولا يخفى أنه لا دلالة في هذه الرواية على الاشتراط بالمصلحة أو عدم المفسدة، وذلك لأنّها إنّما دلّت على اشتراط أولوية الجد من الأب بصورة عدم الاضرار، لا أنّها دلّت على تقييد أصل ولاية الجد بعدم كونه مضاراً، وأولوية الجد

---

(١) تقدّمت آنفاً، وهي الرواية الثانية من الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢: ٣٧٥.

من الأب في مقام المزاحمة أمر وولايته أمر آخر ولا ينبغي خلط أحدهما بالآخر ولعلّه ظاهر .

ثمّ إنّهم استدلّوا على اشتراط المصلحة في الولاية بوجوه :

الأول : أنّ نفس جعل الولاية في حقّ الصغير والمجنون وغيرهما يقتضي اشتراطها بالمصلحة ، لأنّ معناه أن يباشر الولي أُمور المولّى عليه لأجل أن يعود نفعها إلى ذلك المولّى عليه بأن يبيع داره لأجل مصلحته ويشتري له شيئاً لدفع مفسدته ، لا أن تجعل الولاية للتصرف في مال المولى عليه بلا مصلحة وصرفه فيما لا ينبغي له ، وكيف كان فالحكمة في جعل الولاية هي مصلحة الطفل والمولّى عليه وإلّا فيكون أصل تشريعها لغواً ، فمقتضى نفس جعل الولاية أن يراعى مصلحة المولّى عليه ، ولعلّ ذلك ظاهر .

والجواب عن ذلك : أن جعل الولي لشخص وإن كان مقتضياً لمراعاة مصالح المولّى عليه لا محالة (وإلّا فلم يكن يحتاج إلى جعل الولي بل يخلّي الطفل بحاله وإن تصرف في ماله بما يضرّه لأنه وجعل الولاية على نحو الاطلاق على حدّ سواء في عدم عود المنافع إليه) إلّا أنّ ذلك كلّه فيما إذا لوحظ المولّى عليه في مقام جعل الولاية ، وكان جعلها بالاضافة إلى مصالحه فقط ، وأمّا إذا كان جعلها بملاحظة كل واحد من الطرفين ولأجل احترام الولي ، لأنّ المولّى عليه موهوب له كما ورد في الأخبار(١) من أنّ الولد هبة لأبيه ، فإنّما جعل الولاية له حفظاً لاحترامه ومصالحه ولأجل التصرّف في مال المولّى عليه وحفظه ، فلا يقتضي جعل الولاية للأب مثلاً رعاية مصالح المولّى عليه في جميع التصرّفات ، ولا وجه لتقييد أدلّتها مع أنّها مطلقة في مقام الاثبات ، بل ثبت أنّ الولي له أن يأكل من مال الطفل عند الحاجة إليه وإن

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٦ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٩ .

كان ذلك على خلاف مصلحة الصغير ، وذلك لأنّ نفقة الوالدين على الولد عند الاعسار كما أنّ نفقة الولد على الأبوين .

الوجه الثاني : الاجماع على اشتراط الولاية بالمصلحة في التصرف .

ويدفعه : أنّ المحصّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجّة . مضافاً إلى أنّ تحقّق الاجماع في حدّ نفسه غير خال عن التعسّف لكثرة المخالف في المسألة ، وقد ذهب بعضهم إلى عدم اعتبار شيء من المصلحة وعدم المفسدة . مع أنّ من المحتمل لو لم يكن هو المطمأن به أنّ القائلين بالاشتراط إنّما اعتمدوا في ذلك على الوجه السابق أو الوجه الآتي ، ومع هذا الاحتمال كيف يكون الاجماع على تقدير تحقّقه تعبّدياً كاشفاً عن رأي المعصوم (عليه السلام) .

الوجه الثالث : قوله تعالى **﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**(١) والأحسن إنّما يتحقّق بالمصلحة ، فإن قلنا إنّ اليتيم عبارة عن خصوص من مات أبوه فلا تشمل الآية الأب كما هو ظاهر وتشمل الجدّ فقط عند فقدان الأب ، وإن عمّمناه لمن ماتت أُمّه فتشمل الأب أيضاً ، فإذا ثبت اشتراط الولاية في الجد بالمصلحة فنثبته في ولاية الأب بطريق أولى ، لما مرّ وعرفت من أنّ ولاية الجد أقوى من ولاية الأب عند المزاحمة ، فإذا ثبت أمر في القوي فيثبت في الضعيف بالأولوية .

وبهذا يندفع ما ذكره شيخنا الأنصاري(٢) في المقام من أنّ عدم القول بالفصل ممنوع ، وذلك لأنّك عرفت أنّ الوجه في عدم الانفصال هو الأولوية وهي ليست ممنوعة ، هذا .

إلّا أنّ الآية خطاب لعموم الناس ولا مانع من تخصيصها وتقييدها بما ورد في

---

(١) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٤٢ .

ولاية الجدّ والأب من الأخبار المطلقة الدالّة على أنّ ولايتهما مشروطة بعدم الفساد لا بوجود المصلحة ، وبذلك تخرج ولاية الأب والجدّ عن الاشتراط بالمصلحة بخلاف ولاية غيرهما من الأولياء كالوصي والقيّم والحاكم وعدول المؤمنين وفسّاقهم عند عدم العدول .

فالمتحصّل أنّ اللازم في ولاية الأب والجدّ هو عدم المفسدة لقوله (عليه السلام) في صحيحة أبي حمزة الثمالي[1] « إنّ الله لا يحبّ الفساد » وأمّا المصلحة فلا .

بقي الكلام في أنّ المصلحة أو عدم المفسدة المعتبرة في ولاية الأب والجدّ هل الاعتبار بوجودهما الواقعي أو المعتبر فيهما هو المصلحة أو عدم المفسدة بوجودهما الاحرازي ، وتظهر الثمرة فيما إذا تصرّف في مال الصغير بقصد المصلحة وعدم المفسدة فظهر أنه كان فاسداً في الواقع ، أو أنه تصرّف فيه بقصد الافساد ثمّ ظهر أنه على وفق مصلحة الطفل فهل يحكم بالصحّة أو بالفساد ؟

وهذه المسألة لم تنقّح في كلماتهم بوجه إلّا بالاشارة في بعضها ونقول في تحقيق ذلك : أنّ المعتبر في ولاية الأب والجدّ عدم الافساد كما في صحيحة أبي حمزة الثمالي والمفسدة كعنوان المعصية متقوّمة بأمرين على ما ذكرناه في سفر المعصية من بحث الصلاة[2]: أحدهما الفساد الواقعي . وثانيهما : قصده ، كما أنّ المعصية متقوّمة بالعصيان واقعاً وبالقصد إليه ، فإذا تصرّف في أموال الصغير بقصد الإفساد وكان ذلك فاسداً في الواقع أيضاً يحكم بعدم الصحّة والنفوذ لاشتراط الولاية بعدم المفسدة ، وأمّا إذا تصرّف فيه بقصد الافساد ولم يكن فاسداً في الواقع بل كان على مصلحة المولّى عليه أو تصرّف فيه من دون قصد الافساد وكان في الواقع فاسداً فلا

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ ح٢ .
(٢) شرح العروة الوثقى ٢٠ : ١٣٥ .

يحكم بالفساد بوجه ، لأنه كما عرفت متقوّم بوجود المفسدة الواقعية وبقصد ذلك الفساد وإذا انتفى أحدهما ينتفي الافساد كما في المعصية فلا تغفل[١].

استدراك وعدول

قد ذكرنا أنّ النسبة بين الروايات الواردة في ولاية الأب والجدّ والآية المباركة أي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾[٢] الخ عموم وخصوص ، وأنّ الروايات تتقدّم على الآية وتخصّصها ، إلّا أنّ الظاهر أنّ النسبة بينهما عموم من وجه وأنّ الآية في مقام بيان سعة ولاية الأب والجدّ وضيقها وإنّما دلّت على أنّ التصرف في مال اليتيم لابدّ وأن يكون عن مصلحة تعود إليه سواء كان الولي هو الأب أو الجدّ أو غيرهما ، والروايات دلّت على أنّ تصرّف الأب والجدّ لابدّ وأن لا يكون مع المفسدة سواء كان مع المصلحة أيضاً أو بدونها ، فتكون صورة عدم المصلحة وعدم المفسدة مورداً لاجتماعهما وتعارضهما ، ولا وجه لتقدّم الروايات على الآية أبداً هذا كلّه فيما إذا كانت دلالة الآية على اشتراط الولاية بالمصلحة تامّة .

إلّا أنّ للمناقشة في دلالتها على ذلك مجالاً واسعاً ، وذلك لأنّا تتبّعنا ولم نجد رواية من المعصومين (عليهم السلام) في تفسير الآية المباركة بذلك ، وظاهرها أنّها

---

(١) ولا يخفى أنه بناء على اعتبار المصلحة في الولاية يأتي فيها ما أفاده سيّدنا الأُستاذ دام علاه لأنّ المصلحة كالمفسدة لابدّ من أن يتقوّم بأمرين أحدهما المصلحة الواقعية وثانيهما قصدها ، وعليه فإذا تصرف فيه بقصد المصلحة وكان في الواقع على خلافها أو تصرف فيه بقصد المفسدة وكان في الواقع على وفق المصلحة فهل يمكن الحكم بفساد ذلك التصرف وعلى ما أفاده السيد دام ظلّه لابدّ من الحكم بالفساد في الصورتين وهو مشكل .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

نظير قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[١] وليس مفادها غير مفاد هذه الآية المباركة ، ومعنى القرب على ما بيّناه في محلّه يختلف باختلاف الموارد ففيما إذا أُضيف إلى فعل من الأفعال كما إذا قيل : لا تقربوا من شرب الخمر أو لا تقرب الزنا إنه كان فاحشة ونحو ذلك فمعناه لا تفعله ولا تأت به كما هو المصطلح بالفارسية أيضاً وإذا أُضيف إلى جنس من الأجناس كما في قوله تعالى ﴿لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾[٢] أو لا تقرب المزمار وآلات الغناء فمعناه أن لا تجعله تحت يدك ولا تملكه بالأكل والتصرف فيه ، والظاهر أنّ اليتيم في الآية إنّما ذكر من أجل أنّ الغالب أنّهم يتقرّبون من أموال اليتامى ويأخذونها لعدم تمكّن اليتيم من الدفع عن نفسه وإلّا فلا خصوصية لليتيم أبداً .

ثمّ إنّ الباء في قوله تعالى ﴿إِلَّا بِالَّتِي﴾ سببية كما في قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ وقد حذف متعلّقها وهو الطريقة الوسطى كما يشهد له تأنيث الموصول ، ولا يراد به التقرّب الأحسن ، فمعنى الآية لا تأكلوا ولا تقربوا أموال اليتامى إلّا بالطريقة الوسطى وهي طريقة الإسلام ، بمعنى أنه لا تأكلوها إلّا بمجوّز شرعي الذي هو الطريقة الإسلامية ، فمساق الآية مساق قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ وعليه فالآية أجنبية عن الولاية بالكلّية ، وذلك لأنّ التصرّف في مال اليتيم بالبيع ونحوه ليس تقرّباً للمال ، لما عرفت من أنّ معنى التقرّب هو الأكل والتملّك لا البيع والشراء وأمثالها ، والنهي في المقام تكليفي قد تعلّق بالتقرّب بالمعنى المذكور ولا ربط له بالحكم الوضعي من الصحّة والفساد أبداً ، وعلى تقدير أنّ النهي أعمّ من التكليفي والوضعي أيضاً قد عرفت أنّ التقرّب لا يشمل

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

أمثال التصرّف بالبيع ونحوه ولعلّه ظاهر ، وعليه فالأخبار الواردة في ولاية الأب والجد الدالّة على اعتبار عدم المفسدة فقط تبق بلا معارض .

بقي الكلام في أُمور : **الأول** : أنّ هذا الحكم هل يختص بالأب والجد الأدنى وهو أب الأب فقط ، أو أنه يعمّ جدّ الأب أيضاً وهكذا ؟ الظاهر أنّ الحكم عام ولا يختصّ بالجد الأدنى بل يعمّه وغيره من الأجداد أيضاً ، لاطلاق الأخبار[1] الواردة في النكاح ، مضافاً إلى ما ورد في تعليل ولاية الجدّ من « أنت ومالك لأبيك » فإنه موجود بالاضافة إلى الأجداد العالية أيضاً .

الثاني : أنه إذا فقد الأب ومات فهل تختصّ الولاية بالجدّ الأدنى أو يشترك هو وأبوه في الولاية ؟ ربما يقال إنّ الولاية تختص بالأدنى لقوله تعالى **﴿وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾**[2] الخ . وفيه : أنّ الآية ليست إلّا في مقام أولوية بعضهم على بعض آخر في الارث لا في غيره وإلّا فالولد أقرب بالاضافة إلى الأب مع أنّ الولاية تثبت لكليهما وللأب أن يتصرّف في مال الصغير مع وجود ولده فالظاهر أنّ كلاً من الأجداد يمكنهم التصرف في أموال المولّى عليه لعموم قوله « أنت ومالك لأبيك » .

وبالجملة : أنّ المقتضي لولاية الأجداد موجود وهو الاطلاقات الواردة في باب النكاح من دون تقييدها بشيء والمانع مفقود ، وأمّا ما تخيّل مانعاً في المقام وهي الآية الشريفة فقد عرفت أنّها راجعة إلى الارث ولا تصلح للمانعية . وبعبارة أُخرى أنّ أصل ولاية الأجداد إن ثبت بالاطلاق ونحوه فلا وجه لرفع اليد عنه وإن قلنا إنّ الأدلّة المثبتة للولاية منصرفة إلى غير الأجداد المتعالية فالمقتضي من

---

(١) تقدّمت في الصفحة ١٣٧ .

(٢) الأنفال ٨ : ٧٥ .

الابتداء قاصر.

الثالث: هل ولاية الجدّ تختصّ بحال حياة الأب أو أنّها عامّة والجدّ ولي على نحو الاطلاق سواء كان الأب حيّاً أو ميتاً؟ ولا يخفى بُعد اختصاص الولاية في الجدّ بحال حياة الأب، لأنّ ولايته أقوى من ولاية الأب فكيف تختصّ بحال حياة الأب هذا ولكن مورد بعض الأخبار الواردة في النكاح هو إثبات الولاية للجدّ مع وجود الأب، إلّا أنّ الأخبار الأُخرى الواردة في إثبات الولاية للجدّ مطلقة ولا تقييد فيها بخصوص حياة الأب، ولا مقيّد لاطلاقها إلّا ما رواه شيخنا المحقّق في حاشيته[١] عن فضل بن عبدالملك عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضياً جاز»[٢] فإنّها قيّدت الولاية بحال حياة الأب.

ولكنّا حينما تفحّصنا عن الرواية في الوافي[٣] وجدناها بغير هذا السند وقد رواها فيه عن البقباق، هذا.

ولا يخفى أنه ظهر بعد المراجعة أنّ الرواية منقولة عن أبي العباس واسمه فضل ولقبه البقباق وقد رواها في الوافي باللقب تلخيصاً للكلام كما هو دأبه على ما صرّح به في أوائل كتابه، وعليه فالطريقان متّحدان.

وعلى تقدير تمامية هذه الرواية بحسب السند والدلالة لابدّ من الالتزام بأنّ ولاية الجدّ تختصّ بحال وجود الأب فقط، كما لابدّ من الالتزام باشتراط ولاية الجدّ بالعدالة لأنّها معنى قوله (عليه السلام) «وكان الجدّ مرضياً» فإنّ المرضي على وجه

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٢ : ٣٧٧.

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٩٠ / أبواب عقد النكاح ب١١ ح ٤.

(٣) الوافي ٢١ : ٤٣٧ / ٢١٤٩١.

الاطلاق أي في العمل والاعتقاد عبارة عن العادل كما ورد(١) في روايات إمام الجماعة فراجع ، وتكون هذه الرواية مقيّدة وموجبة لاشتراط الولاية بالعدالة شرعاً ولا ينحصر وجه الاشتراط في الوجه العقلي كما صنعه الفخر (قدّس سرّه)(٢) فراجع .

إلّا أنّ الكلام في تمامية سند الرواية ودلالتها .

أمّا بحسب السند فالظاهر أنّها ضعيفة ، لأنّ من جملة رواتها جعفر بن سماعة وهو ممّن لم تثبت وثاقته وقد ضعف المجلسي سند الرواية في مرآة العقول(٣) إلّا أنّ ذلك من جهة الوقف . وقد اعتقد صاحب الرجال الكبير(٤) أنّ جعفراً هذا هو جعفر ابن محمّد بن سماعة وهو موثّق في كتب الرجال إلّا أنّ كون جعفر هو جعفر الموثّق لم يثبت عندنا ، لاحتمال أن يكون جعفر اسم شخصين أحدهما ولد لسماعة وثانيهما ولد ولده ، ورواة الرواية كلّهم واقفية إلّاأنه لا يضرّ بحجّيتها بعد ما كانوا موثّقين من غير جهة جعفر بن سماعة ، هذا كلّه بحسب السند .

وأمّا دلالتها فقد وقع الكلام في أنّ دلالتها على القيدين هل هي بمفهوم الوصف أو أنّها بمفهوم الشرط ؟ وقد حكى شيخنا المحقّق(٥) عن صاحب الجواهر(٦) أنّ دلالتها عليهما بمفهوم الشرط ، إلّا أنه (قدّس سرّه) ذهب إلى أنّها بمفهوم الوصف

---

(١) الوسائل ٨ : ٣٢٦ ح٢ ، ٣٣٨ ح٣ .

(٢) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨ .

(٣) [لاحظ مرآة العقول ٢٠ : ١٣٢ فإنّه ذكر أنّ الرواية موثّقة] .

(٤) منهج المقال ٣ : ٢٠١ . [ولا يخفى أنه (قدّس سرّه) اختار في المعجم انصراف جعفر بن سماعة إلى جعفر بن محمد بن سماعة الثقة فلاحظ معجم رجال الحديث ٥ : ٣٨] .

(٥) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢ : ٣٧٧ .

(٦) الجواهر ٢٩ : ١٧١ .

لأنّ الشرطية سيقت لبيان تحقّق الموضوع حيث إنّ مفهومها أنه إذا لم يزوّج الجدّ ابنة ابنه، ومن الواضح أنّ عدم الولاية حينئذ من باب السالبة بانتفاع الموضوع ومثله لا يدلّ على المفهوم، وإنّما هو مستفاد من الوصف في المقام وقد أثبتنا في محلّه[1] أنّ الوصف لا مفهوم له، وبذلك تسقط الرواية عن الاعتبار، هذا.

إلّا أنّ الصحيح أنّ دلالتها على ثبوت القيدين إنّما هي بمفهوم الشرط كما ذكرنا ذلك في الأُصول وقلنا إنّ نسبة الجزاء إلى الشرط تارةً نسبة المعلول إلى علّته عقلاً بحيث يستحيل أن يتحقّق الجزاء في الخارج من دون تحقّق الشرط وهذا نظير قوله: إن رزقت ولداً فاختنه أو إن ركب الأمير فخذ ركابه، وفي أمثال ذلك يكون الشرط مسوقاً لأجل تحقّق الموضوع ولا دلالة في أمثاله على المفهوم لأنه سالبة بانتفاء الموضوع.

وأُخرى يكون نسبة الجزاء إلى الشرط نسبة المعلول إلى علّته شرعاً من دون أن يكون بينهما ترتّب عقلي وهذا كما إذا قال إن جاءك زيد فاعطه درهماً، فإنّ إعطاء الدرهم لا يتوقّف على المجيء عقلاً وإنّما الترتّب بينهما شرعي، وفي مثل ذلك يؤخذ بمفهوم الشرط ويقال إنه حجّة.

وثالثة تشتمل الجملة الشرطية على قيدين أو قيود تكون النسبة والترتّب بين بعضها وبين الجزاء عقلياً وبين بعضها الآخر والجزاء شرعياً، وهذا كما إذا ورد إن رزقت ولداً وكان تولّده يوم الجمعة فاختنه، فإنّ الختان بالاضافة إلى المرزوقية معلول عقلي لعدم إمكانه بدونها، وأمّا بالاضافة إلى التولّد يوم الجمعة معلول شرعي لامكان الختان من دون الحاجة إلى التولّد يوم الجمعة أصلاً، ففي مثل ذلك لا يمكن استفادة المفهوم بالاضافة إلى الجملة الأُولى لأنّها مسوقة لتحقّق الموضوع

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦): ٢٧٤.

بخلاف الجملة الثانية لأنّها تدلّ على المفهوم لا محالة ويستفاد منها أنّ التولّد إذا لم يكن يوم الجمعة فلا يجب الختان .

والرواية من هذا القسم الثالث لاشتمالها على تزويج بنت الابن وعلى كون الأب حيّاً وعلى كون الجد مرضياً ، فبالاضافة إلى الأُولى لا يمكن استفادة المفهوم لأنّها سيقت لتحقّق الموضوع وأمّا بالاضافة إلى الباقي فلا مانع من الأخذ بالمفهوم لأنّ الترتّب بينه وبين الجزاء شرعي فتدلّ على عدم الجواز فيما إذا لم يكن الأب حيّاً أو الجدّ مرضياً ، وبذلك يمكن تقييد المطلقات التي وردت في المقام .

نعم يمكن أن يقال : بملاحظة فتاوى العامّة في المسألة أنّ الجملة الشرطية لا مفهوم لها في خصوص المقام ، بل إنّما وردت لبيان الحكم الواقعي الذي أفتى العامّة[1] بخلافه ، وذلك لأنّهم ذهبوا إلى أنه لا ولاية للجدّ مع وجود الأب ، وأراد الإمام (عليه السلام) بيان أنّ الجدّ له الولاية على الطفل مع وجود أبيه أيضاً ، وكأنه أتى بواو الوصل وقال إنه ولي عليه ولو كان أبوه حيّاً ، وهذا التقييد وإن كان بعيداً في حدّ نفسه إلّا أنه بملاحظة فتاوى العامّة في المسألة يقرب هذا التقييد جدّاً .

وكيف كان ، فالعمدة هي ضعف الرواية بحسب السند .

---

(١) الأمّ ٥ : ١٣ ، المغني ٧ : ٣٤٦ ، المجموع ١٦ : ١٤٧ و١٥٤ .

الكلام في ولاية الفقيه

لا إشكال في أنّ للفقيه الجامع للشرائط عدّة مناصب منها : منصب الافتاء في المسائل الفرعية والموضوعات المستنبطة وغيرهما ممّا يحتاج إليه العامي في عمله ولا إشكال في جواز الافتاء له في تلك الموارد . والمراد بالجواز هنا ليس هو الجواز التكليفي فحسب بل الجواز الوضعي والنفوذ على مقلّديه ومن يجب عليه الرجوع إلى العالم ، لوضوح أنّ الجواز التكليفي بمجرّده لا يشترط فيه العدالة وبقيّة الشرائط المعتبرة في الفقيه الجامع للشرائط .

ومنها : منصب القضاء والحكم بما يراه حقّاً في باب المرافعات وغيرها في الجملة ، وهذا أيضاً ثابت له بلا خلاف . والمراد بجواز القضاء عليه أيضاً هو الوضع والنفوذ كما لا يخفى .

ومنها : ولاية التصرف في الأنفس والأموال ، وهذا قد وقع فيه النزاع والخلاف ، وهو كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] يتصوّر على وجهين الأول : استقلال الولي بالتصرف سواء أكانت تصرّفات غيره منوطة باذنه أم لم تكن منوطة باذنه . الثاني : كون تصرفات الغير منوطة باذنه سواء كان هو مستقلاً بالتصرف أم لم يكن كما في تصرّفات المالك فيما أخرجه من سهم الإمام (عليه السلام)

(١) المكاسب ٣ : ٥٤٦ .

فإنّ إذن الحاكم الشرعي شرط في صحته وإن كان الفقيه لا يتمكّن من التصرف في مال من وجب عليه الخمس بإخراج سهم الإمام (عليه السلام) حيث إنّ تعيينه راجع إلى نفس المالك، إلّا أنّ تصرف المالك في سهمه (عليه السلام) موكول إلى نظر الفقيه وإلى إجازته.

وكيف كان، فالكلام في المقام يقع في الولاية بكلا المعنيين، وإن كانت النسبة بينهما عموماً من وجه، وذلك لأنّ الولاية بالمعنى الأوّل عبارة عن كون الفقيه جائز التصرف من دون فرق بين أن يكون غيره أيضاً جائز التصرف فيه ومن دون حاجة إلى ذن الغير وعدمه، والولاية بالمعنى الثاني عبارة عن كون الفقيه ممّن تعتبر إجازته في نفوذ تصرفات الغير، كان الفقيه أيضاً جائز التصرف أم لم يكن.

وكيف كان، فقد تكلّم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام في ولاية النبي والأئمّة (عليهم السلام) ثمّ عقّبه بالتكلّم في ولاية الفقيه، والكلام في ولاية النبي والأئمّة (عليهم السلام) يقع في موارد أربعة: أحدها في ثبوت الولاية التكوينية لهم وكون الخلق باختيارهم تكويناً. وثانيها: في ثبوت الولاية التشريعية في حقّهم. وثالثها: في الولاية بمعنى وجوب طاعتهم فيما يرجع إلى تبليغ أحكام الشريعة المقدّسة ورابعها: في ثبوت الولاية لهم في غير ما يرجع إلى الدين وأنّ إطاعتهم في مثل الأمر باتيان الماء ونحوه من الأوامر الشخصية واجبة أو لا.

أمّا الولاية التكوينية: فلا إشكال في ثبوتها وأنّ المخلوقات بأجمعها راجعة إليهم وإنّما خلقت لهم، ولهم القدرة على التصرف فيها وهم وسائط التكوين، ولعلّ ذلك بمكان من الوضوح ولا يحتاج إلى إطالة الكلام، مضافاً إلى أنه خارج عمّا هو المهم في المقام.

وأمّا الولاية بالاضافة إلى أمر الدين وتبليغ أحكام الشريعة: فهي أيضاً لا إشكال في ثبوتها، وهي ممّا لا يحتاج إلى إقامة البرهان ومن القضايا التي قياساتها

معها ، لأنّ وجوب الاطاعة لهم (عليهم السلام) فيما يرجع إلى أمر الدين من لوازم النبوّة والإمامة ، ولولاه لما كان معنى لنبوّة النبي أو إمامة الولي ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الولاية بالاضافة إلى أمر الدين .

وأمّا الولاية في غير ما يرجع إلى الدين كأوامرهم الشخصية فقد وقع الكلام في ثبوتها وعدمه ، والمتسالم عليه بينهم هو أن إطاعتهم لازمة في أوامرهم الشخصية ، ويدلّ عليه قوله تعالى : **﴿أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾**(١) حيث إنه سبحانه عطف إطاعة الرسول على إطاعة نفسه وهو يعطي التغاير بينهما ، ومن الواضح أنّ إطاعة الرسول فيما يرجع إلى أمر الدين إطاعة لله تعالى وهو داخل تحت قوله **﴿أَطِيعُوا اللهَ﴾** فلا محالة يكون المراد في الأمر باطاعة الرسول إطاعته في أوامره الشخصية ، ويوضّح ذلك : أنّ الامتثال والاطاعة لله إنّما يكون باطاعة أمر الرسول ، إذ لا يأمر الله أحداً بلا واسطة ، فكأنه تعالى قال **﴿أَطِيعُوا اللهَ﴾** بامتثال أمر الرسول ثم عطف عليه الأمر باطاعة الرسول في أوامره الشخصية ، وقد فسّر أُولوا الأمر بالأولياء (عليهم السلام) وكذا قوله تعالى **﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ﴾**(٢) حيث إنّ أوامرهم الشخصية داخلة تحت قضائه ، وقد نهى الله تعالى عن الاختيار بعد أمرهما ، فكأنه مسلوب الاختيار بعد أمرهما .

وكيف كان ، فلا إشكال في ثبوت الولاية في أوامرهم الشخصية بالآيات والروايات .

وأمّا الاستدلال على ثبوتها بالدليل العقلي المستقل والدليل العقلي غير

---

(١) النساء ٤ : ٥٩ .

(٢) الأحزاب ٣٣ : ٣٦ .

المستقل كما عن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] حيث استدلّ في المقام تارةً بوجوب شكر المنعم عقلاً ، وهم (عليهم السلام) منعمون علينا فيجب شكرهم باطاعتهم في أوامرهم الشخصية ، وأُخرى بالفحوى والأولوية حيث إنّ إطاعة الوالد واجبة فاطاعتهم تجب بطريق أولى .

فيدفعه : أنّ المسلّم من الدليل العقلي الاستقلالي هو حسن شكر المنعم ولا يترتّب على مخالفته العقاب الذي هو المقصود من الوجوب في المقام ، وإنّما يترتّب عليه الذمّ أو قطع الإحسان من المحسن وكلاهما أجنبيان عن العقاب ، ولذا ذكرنا أنّ وجوب شكر المنعم لا يثبت وجوب المعرفة أيضاً ولا يمكن أن يقال إنّ شكر المنعم واجب وهو لا يتم إلّا بمعرفته حتّى يشكر ، وذلك لأنه لا يترتّب على ترك ذلك الحكم العقلي عقاب ، وغايته الذمّ وقطع الإحسان وهو لا يثبت استحقاق العقاب وإنّما استدللنا على وجوب المعرفة باحتمال العقاب وظنّ الضرر على تقدير تركها ودفع الضرر المحتمل بهذا المعنى لازم عقلاً ويترتّب على مخالفته الضرر بمعنى العقاب ولا يجري ذلك في وجوب الطاعة لأنه مع الشكّ في وجوب الطاعة تجري قاعدة قبح العقاب بلا بيان ، وهذا بخلاف وجوب المعرفة فإنّ البيان غير ممكن قبل المعرفة فلا تجري قاعدة قبح العقاب بلا بيان في المعرفة .

نعم ، لا يمكن إنكار حسن الشكر عقلاً وشرعاً ، إذ هل جزاء الإحسان إلّا الإحسان ، كما لا يكاد ينكر أنّ الأئمّة (عليهم السلام) منعمون بالاضافة إلينا حيث إنّهم وسائط في الافاضة والإيجاد ، هذا كلّه في الاستدلال بحكم العقل المستقل .

أمّا الاستدلال بالحكم غير الاستقلالي وهو ما يتوقّف على مقدّمة شرعية أعني الاستدلال بالأولوية بعد ثبوت ولاية الأب ووجوب إطاعته شرعاً ، فإنّ

(١) المكاسب ٣ : ٥٤٨ .

العقل يستقل بعد ذلك بوجوب إطاعة الأئمّة (عليهم السلام) بطريق أولى .

ففيه : أنّ إطاعته بجميع المراتب ليست واجبة ، فلذا إذا أمره بتمليك أمواله له لا يجب ذلك عليه قطعاً ، نعم يستحبّ الامتثال وعليه يحمل ما ورد بهذا المضمون من الروايات والأخبار حيث ورد « أنت ومالك لأبيك »(١) وحينئذ فكيف يمكن التعدّي منه إلى وجوب إطاعة الأئمّة (عليهم السلام) مطلقاً ، إذ لم يثبت وجوب الاطاعة في حقّ الأب مطلقاً وفي جميع المراتب حتّى يمكن التعدّي منه إلى وجوبها في الأئمّة (عليهم السلام) مطلقاً ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ المناط في وجوب إطاعة الأب غير معلوم ، وليس المدرك في وجوب إطاعته عبارة عن كونه موجباً لحياة الولد حتى نتعدّى منه إلى وجوب إطاعة الأئمّة (عليهم السلام) وإلّا للزم وجوب إطاعة من أنقذ أحداً من الغرق أو المرض لأنه أوجب حياته ومع ذلك لا يجب عليه إطاعته بوجه ، ويحتمل أن يكون المناط هو تربية الولد فعلاً وهي مفقودة في الأئمّة (عليهم السلام) .

فالمتحصّل : أنّ الولاية بهذا المعنى إنّما ثبتت بالآيات والأخبار لا بالوجهين العقليين أبداً .

وأمّا الولاية التشريعية وكون الأئمّة (عليهم السلام) نافذي التصرّف في الأموال والأنفس شرعاً ، فهي أيضاً ثابتة بلا ريب لقوله تعالى **﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾**(٢) وقوله تعالى : **﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللهُ وَرَسُولُهُ﴾**(٣) وقوله (صلّى الله عليه وآله) في يوم الغدير : « ألست أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا بلى . قال : من

---

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٢ / أبواب ما يكتسب به ب٧٨ .

(٢) الأحزاب ٣٣ : ٦ .

(٣) المائدة ٥ : ٥٥ .

كنت مولاه فهذا علي مولاه »[١] وغير ذلك ممّا دلّ على ثبوت الولاية لهم في الأموال والأنفس ، فللإمام (عليه السلام) أن يبيع دار زيد أو يطلّق زوجته أو يزوّجها من أحد وهكذا من دون اعتبار رضا المالك أو الزوج .

وممّا يدلّ على ثبوت هذه الولاية لهم (عليهم السلام) ما حكاه الترمذي[٢] في فضائل علي بن أبي طالب (عليه السلام) من أنّ جيشاً رجع إلى المدينة وكان يرأسهم الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) وقد كان معهم أسرى وأعجبت واحدة منهنّ الإمام (عليه السلام) فأخذها لنفسه وواقعها وقد ساء ذلك عند الجماعة ، والظاهر أنّهم هم الثلاثة ، وبنوا على أن يخبروا النبي (صلّى الله عليه وآله) بذلك ، فلمّا وصل الجيش إلى المدينة ـ وكانت العادة أن يزوروا النبي (صلّى الله عليه وآله) بلامة حربهم ثمّ يرجعوا إلى دورهم وينزعوا لامتهم ـ وقد حضر واحد منهم النبي (صلّى الله عليه وآله) وهو لابس لامته وأخبر النبي (صلّى الله عليه وآله) بالحال فسكت النبي (صلّى الله عليه وآله) ثمّ جاءه الثاني وأخبره بالخبر وسكت النبي (صلّى الله عليه وآله) أيضاً حتّى جاءه ثالثهم فأخبره بالحال وعند ذلك غضب (صلّى الله عليه وآله) وقال : ماذا تريدون من علي بن أبي طالب ، أفلست أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا نعم ، وقال : وهو يعني علي بن أبي طالب خليفتي وقائم مقامي من بعدي . وهذه الرواية على تقدير تمامية سندها تدلّ على المقصود بأحسن وجه .

لا يقال : إنّهم بناءً على ذلك يتمكّنون من التصرف في أعراض المسلمين . فإنه يقال : إنّ تصرّفاتهم إنّما تنفذ فيما إذا كانت بالأسباب المقرّرة شرعاً لا بغيرها نظير تصرّف نفس المالك في ملكه ، مثلاً لهم أن يبيعوا دار أحد أو يطلّقوا زوجته ثمّ

---

(١) راجع بحار الأنوار ٣٧ : ١٠٨ ـ ٢٥٣ ، الغدير ١ : ١٤ ـ ١٥٨ .

(٢) سنن الترمذي ٥ : ٦٣٢ / ٣٧١٢ .

بعد انقضاء عدّتها يزوّجها الإمام (عليه السلام) من نفسه مثلاً ، لا أنّهم يتصرّفون في زوجة الغير من دون طلاق أو زواج ، فتعالوا عن ذلك علوّاً كبيراً .

ويدلّ على وجوب إطاعتهم أيضاً : ما ورد(١) في نفي ما نسب إليهم من أنّهم قالوا إنّ الناس عبيد لنا حيث قال (عليه السلام) لم أقل ذلك ولا سمعت من آبائي وإنّما الناس عبيد لنا في الاطاعة ، يعني لا في مثل جواز بيعهم وتملّكهم كما نسب إليهم . نعم سيرة الأئمّة (عليهم السلام) لم تجر على التصرف في أموال المسلمين أو أنفسهم ، بل كانوا يشترون شيئاً من مالكه باجازته ولا يتصرفون في أموالهم بدون إذنهم ، إلّا أنّ ذلك يحتمل أن يكون من باب التقية أو لأجل ما يرونه من المصالح ، وكيف كان فهي لا تدلّ على عدم ولايتهم كما هو ظاهر ، هذا كلّه في الولاية بمعنى نفوذ تصرّفاتهم في الأموال والأنفس .

وأمّا ثبوت ولايتهم بالمعنى الثاني أعني اشتراط تصرفات الغير باذنهم وإجازتهم فهي أيضاً ثابتة في حقّهم بمقتضى الأخبار(٢) الواردة في المقام إلّا أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) ذكر أنّ اشتراط إجازتهم في صحة التصرفات على خلاف الأصل وهو يقتضي خلاف الاشتراط وعدمه .

ولا يخفى أنّ مقتضى الأصل يختلف باختلاف الموارد ، فمقتضاه في بعض الموارد عدم الاشتراط وفي بعضها الآخر هو الاشتراط وتوضيحه : أنه إن كان هناك إطلاق يقتضي صحة ذلك التصرف على نحو الاطلاق من دون حاجة إلى إجازة الأئمّة (عليهم السلام) كما في صلاة الميّت فإنه دلّ الدليل على صحتها ووجوبها

---

(١) الكافي ١ : ١٨٧ / ١٠ باب فرض طاعة الأئمّة .

(٢) الكافي ١ : ١٨٥ ، ٢٠٥ ، ٢١٠ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٥٨ .

على المسلمين ولم يقيّدها باجازة الإمام (عليه السلام) لأنّ الدليل إنّما دلّ على أنّ السلطان أولى بالصلاة من غيره وأمّا أنّها مقيّدة باجازته فلا ، ففي مثله نتمسّك بذاك الدليل في رفع قيدية اجازة الإمام (عليه السلام) .

كما أنه إن كان لدليل ذلك التصرف دلالة يقتضي عدم صحّة التصرف بدون إجازة الإمام (عليه السلام) كما في التصرف في أموال الناس بالبيع ونحوه أو في أنفسهم بالقصاص والتعزير ونحوهما ، فإنّ الثابت من ذلك جوازهما مع اجازة الإمام ، وأمّا بدونها فاطلاق ما دلّ على حرمة الايذاء وعدم جواز التصرف في أموال الناس من دون رضاهم يقتضي حرمتهما فنتمسّك بذلك الدليل .

وأمّا إذا لم يكن هناك دليل على أحدهما ووصلت النوبة إلى الأصل العملي فإن كان الشك راجعاً إلى تقييد وجوب التصرف أو العمل باجازة الإمام (عليه السلام) كصلاة الجمعة مثلاً حيث علمنا بصحّتها ووجوبها مع إجازة الإمام (عليه السلام) وشككنا في وجوبها بدون إذنه (عليه السلام) فهو شك في التكليف نرجع فيه إلى البراءة وبها نثبت عدم الوجوب بلا إذن الإمام (عليه السلام) ومرجعه إلى اشتراط الوجوب بالإذن والاجازة . وإن كان الشكّ راجعاً إلى تقييد صحة العمل بالاجازة بعد الفراغ عن ثبوت أصل الوجوب فنرجع في التقييد إلى البراءة ونرفعه بها ، ومرجع ذلك إلى أنّ العمل صحيح من دون حاجة إلى إجازة الإمام (عليه السلام) .

ثمّ إنّ الرجوع إلى الأصل العملي ينبغي أن يفرض في مورد لم يمكن الرجوع فيه إلى الإمام (عليه السلام) وسؤال حكم المسألة عنه (عليه السلام) وذلك لوضوح أنه لا يمكن الرجوع إلى الأصل العملي مع التمكّن من السؤال عن الإمام (عليه السلام) فإنّ الشبهات الحكمية يجب فيها الفحص والسؤال ولا يرجع فيها إلى الأصل بدونها .

وكيف كان ، فالبحث عن ولاية الإمام (عليه السلام) بالمعنى الأول ممّا لا ثمرة عملية له ، لأنّ الإمام (عليه السلام) إن تصرّف في مال أحد فهو يكشف عن صحته وجوازه ، لأنه لا يرتكب الحرام فلا يحتاج إلى هذا البحث الطويل ، وإنّما تعرّضنا له لأجل البحث عن ولاية الفقيه وعن أنّها بأي مقدار على فرض ثبوتها .

وقد حكي عن بعض معاصري صاحب الجواهر أنه كان بانياً على ولاية الفقيه على نحو ولاية الإمام وهي الولاية العامّة ، وقد اعترض عليه صاحب الجواهر في مجلس فقال : زوجتك طالق فأجابه المعاصر بأني لو كنت أعتقد اجتهادك لاجتنبت عن زوجتي إلّا أنّ اجتهادك محل كلام عندي ، وكان له مقام علمي شامخ .

وكيف كان ، فيقع الكلام في ولاية الفقيه وأنّها ثابتة له على نحو يتمكّن معها من التصرف في الأموال والأنفس نظير ولاية الإمام (عليه السلام) أو أنه لا ولاية له في شيء من ذلك أبداً ، وأنّ تصرّفات الغير هل تناط باجازة الفقيه وإذنه أو أنها غير منوطة باجازته .

أمّا الولاية بالمعنى الأول ـ فمضافاً إلى أنها مقطوعة العدم في حدّ نفسها ، إذ لا وجه لقيام الفقيه بمنزلة الإمام (عليه السلام) في وجوب إطاعته في أوامره الشخصية أو في نفوذ تصرّفاته في الأموال والأنفس من غير اعتبار رضا صاحب المال ، نعم لا مانع من الالتزام بقيامه مقام الإمام (عليه السلام) بالاضافة إلى وجوب إطاعته في تبليغ الأحكام بعد استكمال جميع شرائط التقليد من الأعلمية على تقدير اعتبارها وغيرها من الشرائط ـ لا دليل على أنّ الفقيه كالإمام في ثبوت الولاية المطلقة له وأمّا ما استدلّ به على ذلك من الأخبار الواردة في شأن العلماء فهو لا دلالة له على ذلك أبداً .

أمّا قوله (عليه السلام) « إنّ العلماء ورثة الأنبياء وأنّ الأنبياء لم يورّثوا ديناراً

ولا درهماً ولكن ورثوا أحاديث فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظّ وافر »[1] فلا وجه للاستدلال به إلّا دعوى أنّ الورثة ينتقل إليهم ما للمورّث من الأشياء ومنها الولاية المطلقة الثابتة للنبي (صلّى الله عليه وآله) فهي تنتقل إليه أي إلى الوارث وهو الفقهاء لا محالة .

إلّا أنه لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ المنتقل إلى الوارث عبارة عمّا تركه الميّت فلابدّ في انتقال شيء منه إلى وارثه من إحراز ذلك وأنه داخل فيما تركه كالمال ونحوه ، وأمّا مثل الشجاعة أو العدالة أو غيرها من الأوصاف القائمة بالشخص فلا معنى لانتقاله إلى الوارث كما هو ظاهر ، والولاية في المقام لا يعلم أنّها داخلة في عنوان ما ترك أو أنّها من قبيل الأوصاف القائمة بنفس النبي أو الإمام ، فلا تتم دلالة الحديث على ثبوت الولاية المطلقة للفقيه ، هذا مضافاً إلى أنّ الحديث قد صرّح بأنّ الموروث أي شيء حيث ذكر أنّهم ورثوا أحاديث ، فليس الموروث عبارة عن الولاية أو غيرها ، فهذه الأخبار وإن كانت مشتهرة وصادرة عن النبي (صلّى الله عليه وآله) وليست مجعولة كما نسب إلى أبي بكر وقيل إنه جعل هذه الأحاديث ، إلّا أنه لا دلالة فيها على المدّعى أبداً . نعم إنّ ما جعله أبو بكر هو ما زاده في ذيل الحديث من قوله : ما تركناه صدقة ، وأراد بذلك إنكار فدك وأخذه من يد فاطمة (عليها السلام) غفلة عن أنّ الحديث ناظر إلى أنّ الأنبياء لا يجمعون الدرهم والدينار وإنّما نظرهم إلى الآخرة ، وليس نظر الحديث إلى أنّ الأنبياء لا يورّثون شيئاً ولو ألبسة بدنهم أو إناء دارهم أو نفس دارهم وغيرها ممّا هو ضروري الحياة ، هذا مضافاً إلى أنّ فدك كانت نحلة لها (عليها السلام) وقد أعطاها النبي (صلّى الله عليه وآله) إيّاها في حياته وإنّما ادّعت الارث بعد التنزّل عن كونه نحلة .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٧٨ / أبواب صفات القاضي ب٨ ح٢ (مع اختلاف يسير) .

وأمّا قوله « العلماء أُمناء الرسل »[١] فهو أيضاً لا دلالة له على الولاية المطلقة بوجه ، فإنّ كونهم أُمناء لا يستدعي نفوذ تصرّفاتهم في الأموال والأنفس ، فـإنّ معنى الأمين أنه لا يخون الوديعة المجعولة عنده من الأحكام أو غيرها ، وأمّا الولاية فلا كما لا يخفى ، هذا .

ومن القريب أن يراد بالعلماء الأئمّة الأطهار ، ويطلق العـالم عـليهم (عـليهم السلام) دون من تعلّم الفقه والأُصول ، وذلك لعدم إمكان إرادة جميع العلماء من لفظه حيث إنه يشمل علماء الحساب والهندسة والتاريخ والجغرافيا فيلزم تخصيص الأكثر على تقدير إرادة الفقيه منه ، فلا محالة يحمل على الإمام (عليه السلام) ، وقد ورد في بعض الأخبار نحن العلماء وشيعتنا المتعلّمون[٢]، وهذا الحديث نعم الحاكم في المقام ويدلّ على أنّ المراد بالعلماء هم الأئمّة الأطهار (عليهم السلام) وعـليه فـلا دلالة في الحديث على الولاية المطلقة للفقيه .

وكذا قوله (عليه السلام) « مجاري الأُمور بيد العلماء بالله الأُمناء على حلاله وحرامه »[٣] فإنّ العالم بالله ليس إلّا الأئمّة الأطهار (عليهم السلام) وأنّهم هم الذين بيدهم مجاري الأُمور ، فلو تنزّلنا وفرضنا أنّ المراد بالعالم هو الفقيه فـقوله (عـليه السلام) : « الأُمناء على حلاله وحرامه » قرينة على أنّ مجاري الأُمور مـن حـيث الأحكام والحلّية والحرمة بيد الفقيه إذ لو لم يبيّن حلّية بعض الأفعال وحرمة بعضها الآخر لتوقّفت الأُمور وتحيّر الناس لعدم العلم بحكمه ، فهو لا يدلّ عـلى الولايـة

---

(١) الكافي ١ : ٣٣ / ٥ باب صـفة العـلم وفـضله وفـضل العـلماء ، ولكـن ليس فـيه كـلمة « الرسل » .

(٢) الكافي ١ : ٣٤ / ٤ باب أصناف الناس .

(٣) البحار ١٠٠ : ٨٠ / ٣٧ .

المطلقة بوجه ، وإنّما يدلّ على أنّ للفقيه أن يبيّن الحلال والحرام ، وأمّا نفوذ تصرّفاته في الأموال والأنفس فلا كما هو أوضح من أن يخفى .

وأمّا قوله « علماء أُمّتي كأنبياء بني إسرائيل » أو « منزلتهم منزلة الأنبياء في بني اسرائيل »(١) وغيرهما ممّا ورد بهذا اللسان فهو أيضاً كسوابقه لا دلالة له على الولاية بوجه ، إذ التنزيل والتشبيه لابدّ وأن يكون في أظهر الآثار والخواص وأظهرها في أنبياء بني اسرائيل أمران : أحدهما وجوب إطاعتهم في الأحكام ولزوم قبول قولهم في تبليغها ، وإنّما شبّههم بأنبياء بني إسرائيل من أجل أنّ أنبياءهم كانوا مختلفين في النبوّة فبعضهم كان نبي بلدته وآخر كان نبيّ محلّته أو قريته وثالث كان نبي أقربائه بل كان نبي داره ، وكانت إطاعتهم لازمة في تبليغ الأحكام والعلماء أيضاً مختلفون فبعضهم عالم بلده وآخر عالم محلّته أو قريته وهكذا ، فتجب إطاعتهم في تبليغ الأحكام بمقتضى هذا الحديث .

وثانيهما : رفعة محلّهم وعظمة منزلتهم عند الله وكأنه أراد في الحديث بيان أنّ علماء أُمّتي لا يقصرون في عظمة المنزلة عن أنبياء بني اسرائيل إذا عملوا بعلمهم والسرّ في ذلك أنّ تلميذ مدرسة تارة يكون أرقى منزلة من معلّم بالمدرسة النازلة كبعض تلامذة المدرسة الثانوية بالاضافة إلى معلّم المدرسة الابتدائية أو تلامذة المدرسة العالية في الطبّ بالاضافة إلى دكتور المحلّ وهكذا من جهة عظمة المدرسة وأهميّتها ، والمدرسة المحمّدية (صلّى الله عليه وآله) كذلك بالاضافة إلى أنبياء بني اسرائيل الذين كانوا مدرّسين لأُمّتهم معالم الإسلام ، فيكون تلامذة تلك المدرسة العالية أشرف مقاماً وأعظم منزلة من معلّمي بني اسرائيل إذا عملوا بوظائفهم فإنّ نيابة الإمام (عليه السلام) من أهم المقامات ولا أقل من تساويهم معهم في الشرف

(١) البحار ٢ : ٢٢ / ٦٧ ، البحار ٧٥ : ٣٤٦ ذيل الحديث ٤ .

هذا كلّه مع أنّ ثبوت الولاية بهذا المعنى في أنبياء بني اسرائيل أوّل الكلام فكيف بمن يقوم مقامهم وينزّل منزلتهم. فالحديث لا دلالة له على الولاية المطلقة بوجه بل إنّما ورد في بيان فضيلتهم وعلوّ مقامهم ولعلّه ظاهر.

وأمّا قوله (صلّى الله عليه وآله) « اللهم ارحم خلفائي ثلاثاً قيل ومن خلفاؤك يارسول الله ؟ قال الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنّتي »(١) فهو أيضاً لا دلالة له على الولاية لتصريحه بأنّ الذين يأتون بعده خلفاؤه في رواية الحديث لا في غيره من الأُمور، مضافاً إلى ظهور قوله « من بعدي » في إرادة الأئمّة (عليهم السلام) لأنّ العلماء خلفاء الأئمّة (عليهم السلام) ويأتون بعدهم (عليهم السلام) لا بعد النبي (صلّى الله عليه وآله) ولعلّه ظاهر.

وأمّا الاستدلال على ذلك بقوله (عليه السلام) في نهج البلاغة « أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به »(٢) مستشهداً بقوله تعالى **﴿إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ﴾**(٣) ففيه أنّ أولوية العلماء بالأنبياء إنّما هي بكونهم أقرب إليهم يوم القيامة من حيث المنزلة والمقام وهي لا تقتضي الولاية على التصرف في الأموال والأنفس أبداً.

وأمّا قوله (عليه السلام) في مشهورة أبي خديجة: « جعلته عليكم قاضياً »(٤) فلعلّ الاستدلال به من جهة توهّم أنّ القاضي له الولاية على أموال الناس وأعراضهم. ويندفع بأنّ القضاء غير الولاية ولا ولاية للقاضي على أموال الناس

---

(١) الوسائل ٢٧ : ١٣٩ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٧.

(٢) نهج البلاغة ٤٨٤، باب المختار من حِكم أمير المؤمنين (عليه السلام) الحكمة ٩٦.

(٣) آل عمران ٣ : ٦٨.

(٤) الوسائل ٢٧ : ١٣٩ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٦.

وأعراضهم .

بقي الكلام في الاستدلال باطلاق الحجّة على العلماء في التوقيع المشهور حيث قال (عليه السلام) : « هم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله »[١] والظاهر أنّ ذلك أيضاً لا دلالة فيه على الولاية ، لأنّ الحجّة مناسبة للافتاء والقضاء لأنّ معناها تنجّز الأحكام على الناس بهم ، ولا يناسب الولاية على التصرف في الأموال والأنفس كما لا يخفى .

وأمّا ما ورد من إطلاق الحاكم على العلماء كما في مقبولة عمر بن حنظلة[٢] حيث قال « جعلته عليكم حاكماً » فقد ذهب شيخنا الأُستاذ[٣] إلى استظهار الولاية من هذه الرواية بدعوى أنّ الحاكم غير القاضي في زمان الأئمّة (عليهم السلام) وهما منصبان ، والحاكم هو من يتصرف في الأُمور والقاضي عبارة عمّن يقضي في المرافعات ، ولم يقل إنّي جعلته عليكم قاضياً وإنّما قال جعلته عليكم حاكماً بمعنى كونه ممّن يتصرّف في الأموال وغيره في مقابل القاضي الذي شأنه الافتاء والقضاء .

وفيه : أنّ المرسوم في تلك الأزمنة هو جعل الوالي والقاضي دون الحاكم والقاضي ، لأنّ الحاكم مرادف للقاضي كما هو ظاهر وإنّما المغاير له الوالي وهو عبارة عمّن يتولّى الأُمور ، ولم يقل إنّي جعلته عليكم والياً وإلّا لتمّت الدلالة على المدّعى بأوضح وجه ، ومن الغريب أنه (قدّس سرّه) أيّد مدّعاه بما ورد في صدر الحديث من التقابل بين السلطان والقاضي وهو يدلّ على تغاير الحاكم والقاضي . ولا يخفى ما فيه بعد ما ذكرناه من أنّ الحاكم بمعنى القاضي ويقابله الوالي والسلطان ، ويشهد لما

---

(١) الوسائل ٢٧ : ١٤٠ / أبواب صفات القاضي ب١١ ح٩ .

(٢) الوسائل ٢٧ : ١٣٦ / أبواب صفات القاضي ب١١ ح١ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٣٧ .

ذكرناه أمران : الأول : قوله (عليه السلام) بعد تلك الجملة : « فإذا حكم بحكمنا » فإنه لا يراد منه إلّا القضاء . الثاني : أنّ الحديث إنّما ورد في المرافعة والمناسب لها هو القضاء دون الولاية كما لا يخفى .

فالمتحصّل : أنّ الفقيه ليس كالإمام (عليه السلام) في وجوب الاطاعة إلّا في تبليغ الأحكام فيما إذا كان واجداً لشرائط المرجعية والتقليد ، فلا تجب إطاعته في الأمر بارسال الأخماس والزكوات ونحوهما ، اللهمّ إلّا أن يكون المقلّد يقلّد مجتهداً يرى ثبوت الولاية للمجتهد ووجوب إطاعته ، فلابدّ حينئذ من الاطاعة فيما أمر به الفقيه لا لأجل ثبوت الولاية له بل لأجل فتوى المجتهد بقبوله ، هذا تمام الكلام في الولاية بالمعنى الأول .

وأمّا ثبوت الولاية بالمعنى الثاني فقد استدلّ عليها ببعض ما أسلفناه وأسلفنا الجواب عنه كقوله (عليه السلام) « العلماء ورثة الأنبياء » ونحوه .

وربما يستدلّ على ثبوتها كما عن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بما ورد من قوله (عليه السلام) : « أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا »(٢) بدعوى أنّ الأُمور المستحدثة في العالم لابدّ من الاستئذان فيها من الرواة والعلماء وقد استشهد على ذلك بأُمور :

منها : أنّ الإمام (عليه السلام) حكم بارجاع نفس الوقائع إلى الرواة لا بالرجوع في حكمها إليهم ، بل لابدّ من إرجاع نفس القضية إليهم حتى يتصرّفوا فيها بالمباشرة أو يأذنوا في التصرف فيها لآخر لا أنه يجب المراجعة في استفسار حكم الوقائع إليهم .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٥٥ .

(٢) الوسائل ٢٧ : ١٤٠ / أبواب صفات القاضي ب١١ ح٩ .

ومنها : أنه (عليه السلام) عقّب ذلك بقوله : « فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله » وهذا يقتضي الولاية من أجل أنه لو أُريد بالرجوع إلى الرواة الرجوع إليهم في حكم الحوادث فالعلماء لا يتّصفون بالحجّة المضافة إلى الإمام (عليه السلام) لأنّهم حجّة الله في تبليغ الأحكام لا أنّهم حجّة الإمام كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) « فإنّهم حجّتي » إذ الشارع قد حكم بلزوم إطاعة العلماء في تبليغ الأحكام ، وهذا بخلاف ما لو أُريد من الرجوع إلى الرواة الاستئذان منهم الذي هو بمعنى الولاية فإنّ الولاية لم تثبت للعلماء من قبل الشارع ابتداء بل إنّما جعلت للإمام وهو يجعلها للعلماء فيكون العلماء حجّة الإمام في ذلك كما هو ظاهر .

ومنها : أنّ المراجعة في استفسار أحكام القضايا الحادثة إلى الأئمّة أو العلماء من بعدهم من البديهيات والضروريات التي لا تحتاج إلى السؤال أو إلى عدّه من المشاكل كما في صدر الحديث حيث إنّ إسحاق بن يعقوب ذكر في صدره أنّ مسائل قد أشكلت عليّ الخ وعدّ منها هذه المسألة ، وهذا بخلاف ثبوت الولاية للعلماء فإنه أمر مشكل غير معلوم فلا مانع عن الاستفسار والسؤال ، وعليه فهذه الرواية تدلّ على وجوب الاستئذان في الأُمور من العلماء وليست ناظرة إلى الرجوع إليهم في حكم هذه الأُمور كما لا يخفى ، هذا .

ولا يخفى أنّ الحديث ناظر إلى حكم الرجوع إلى العلماء في استفسار أحكام الوقائع الحادثة ، وأمّا ما استشهد به على مدّعاه ففيه : أنّ المذكور في الحديث هو الأمر بالمراجعة في الحوادث إلى العلماء لا إرجاع نفس الوقائع إليهم ليتصرّفوا فيها بل يجب عليهم السؤال عن حكمها لأنه (عليه السلام) قال : « ارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا » ولم يقل : ارجعوها إلى رواة أحاديثنا ، وهذه العبارة في إفادة ذلك أمر عرفي ، ونظيره يقع في المحاورات كثيراً فيقال راجع الفلاني في الأمر الفلاني أي شاور معه واستفسر حكمه .

وأمّا الاستشهاد الثاني فيدفعه : ما ذكرنا من أنّ الحجّية تناسب الافتاء لأنّها بمعنى تنجّز الحكم ولا تناسب الولاية كما لا يخفى ، وأمّا إضافة الحجّة إلى نفسه (عليه السلام) فهي من أجل أنّ الإمام (عليه السلام) يستشهد بالعلماء يوم القيامة في تبليغ الأحكام كما يستشهد الأنبياء بالأوصياء وأنّهم بلّغوها إليهم وهم يعترفون بذلك فيسأل الأوصياء عن تبليغ الأحكام فيقولون إنّا قد بلّغناها إلى العلماء والعلماء يعترفون بذلك ويقولون نحن أيضاً بلّغناها إلى الناس ، فالتعبير بحجّتي من أجل ذلك ومن أجل أنّ وجوب الرجوع في الأحكام إليهم إنّما ثبت بأمرهم (عليهم السلام) فهم واسطة في ذلك وبه يصحّ أن يقال إنّهم حجّتي .

وأمّا الاستشهاد الثالث ففيه : أنّ ظهور الرجوع في المسائل المستحدثة إلى الرواة بعد الأئمّة (عليهم السلام) غير بيّن لأنه في غاية الصعوبة والجهالة ، إذ من يعلم وجوب الرجوع في المسائل الجديدة التي لم تكن متحقّقة في زمن الأئمّة إلى العلماء كمسألة من صلّى الظهر في بلدته ثمّ سافر مع الطائرة إلى بلدة لم يدخل الظهر فيها بعد ثمّ صار الزوال بعد ذلك فهل تجب عليه الظهر ثانياً ، أو كمسألة من استحمل باللقاح لا بالدخول فهل الولد يلحق بصاحب الماء أو لا ، ولولا أمرهم (عليهم السلام) بالمراجعة فيها إلى الرواة والعلماء لأنّهم يستنبطون أحكامها من القواعد والأُصول لا محالة لم يكن ذلك ظاهراً لأحد ، نعم كبرى رجوع الجاهل إلى العالم مسلّمة وواضحة لا إشكال فيها .

فالمتحصّل : أنّ الفقيه لم تثبت له الولاية بالمعنى الثاني أيضاً إلّا في بعض الموارد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

وأمّا الاستدلال على ذلك بما نسب إلى النبي (صلّى الله عليه وآله) من أنّ

« السلطان ولي من لا ولي له »(١) فمندفع أوّلاً : بأنّ هذا الخبر ليس موجوداً في كتبنا المعتبرة ولعلّها نبوية عامّية موجودة في طرقهم .

وعلى فرض أنّها مروية من طرقنا أيضاً لا يمكن الاعتماد عليها لضعفها والإنجبار قد عرفت ما فيه سابقاً وذكرنا أنّ عمل المشهور لا يمكن أن يكون جابراً لضعف الحديث .

وثالثاً : لو سلّمنا أنّ عمل المشهور جابر لضعف الرواية أيضاً لا وجه للاستدلال بها في المقام ، إذ الكلام في ولاية الفقيه دون السلطان كما هو ظاهر فالرواية أجنبية عمّا نحن بصدده .

ثمّ إنه ربما يستدلّ على ولاية الفقيه بوجهين : أحدهما أنّا ننظر إلى العامّة فنرى أنّ خليفتهم أو من يقوم مقامه يتصدّى لأُمور الصغار والمجانين ويتصرّف في أمواهم بالبيع والشراء ونحوهما ، فمنه نستكشف أنّ هذه الأُمور لابدّ من أن يتولّاها أحد في الشريعة المقدّسة وإن كان صغرى ذلك أعني من يتصدّى لها عندهم باطلاً عندنا لعدم جواز تصدّي مثل الخلفاء في أموال الناس ، وأمّا كبرى المسألة وهي لزوم أن يتصدّى الأُمور المذكورة أحد في الشريعة فهي ممّا لا إشكال فيه ونستنبطها من ملاحظة أفعال العامّة ، وصغرى هذه الكبرى عندنا هي أنّ الذي يتصدّى الأُمور المذكورة هو الفقيه لأنّا نعلم وجداناً أنه إذا دار الأمر بين الفقيه وغيره فالفقيه أولى بالتصدّي من غيره ، فيرجع هذا الدليل إلى كبرى ثابتة بالسيرة القطعية من العامّة وصغرى ثابتة بالعلم الوجداني .

ولكن يردّه : أنّ فعل العامّة وجريان سيرتهم على الرجوع إلى شخص لا يكون مدركاً شرعياً عندنا حتّى نفتي على طبقه بشيء ولعلّ ذلك من مبتدعاتهم في

---

(١) سنن البيهقي ٧ : ١٠٦ ، كنز العمّال ١٦ : ٣٠٩ / ٤٤٦٤٣ .

الإسلام ، ولا يلزم أن يتولّى الأُمور المذكورة شخص ، فاستكشاف لزوم الرجوع إلى أحد في الشريعة من ملاحظة أفعال العامّة وسيرتهم أمر غلط وغير صحيح .

مع أنّا لو سلّمنا الكبرى فالصغرى غير ثابتة ، لأنّ حصر المرجع في الفقيه أيضاً لم يقم عليه دليل موجب للعلم أو الاطمئنان ، ولماذا لم يجز الرجوع في تلك الأُمور إلى عدول المؤمنين مثلاً ، فهذا الدليل ساقط لا يمكن الاستدلال به .

وثانيهما : ما استدلّ به بعض المعاصرين من رواية عمر بن حنظلة حيث ورد فيها إنّ رجلين تحاكما إلى السلطان أو القاضي لأجل التنازع في دَين أو ميراث فحكم الإمام (عليه السلام) بأنّ التحاكم إليهما كالتحاكم والترافع إلى الجبت والطاغوت فأرجعهما إلى رواة الحديث ، فمنه يعلم أنّ كل ما كانوا يرجعون فيه إلى السلطان أو القاضي لابدّ من أن يرجعوا فيه إلى الرواة والفقهاء ولابدّ من الاستجازة منهم .

ولكنّه مندفع بأنّ الإمام (عليه السلام) إنّما أرجعهما إلى الرواة في خصوص التنازع في دَين أو ميراث لا في جميع الأُمور وهذا ظاهر في ثبوت منصب القضاء والمحاكمة لهم ، فلا يستفاد منه الولاية المطلقة للفقيه بوجه .

فالمتحصّل : أنه لم تثبت للفقيه ولاية بنحو من الأنحاء في شيء من الموارد أبداً . هذا كلّه بحسب الدليل الاجتهادي .

وأمّا مقتضى الأصل العملي على تقدير الشكّ في ثبوت الولاية للفقيه وعدمه فقد ذكرنا سابقاً أنه يختلف باختلاف الموارد ، فتارةً نشكّ في أصل مشروعية بعض التصرّفات ولو في حقّ الفقيه أيضاً كما إذا أردنا تزويج الصغير مثلاً لأنه مشكوك الجواز ولو بالاضافة إلى الفقيه لأنه لم تثبت ولايته على الأطفال نظير الآباء والأجداد ، وكالحدود فإنّ إجراء كل أحد الحدّ على كل أحد غير جائز قطعاً بل لابدّ في أمثال ذلك من أن تصدر تلك الأفعال والتصرفات باجازة الإمام ، مثلاً إذا أردنا

الاقتصاص من أحد من المسلمين بالقتل فلابدّ فيه من الاستجازة من شخص الإمام وإلّا كيف يجوز قتل أحد من دون دليل فإنّ مقتضى عموم حرمة قتل النفس وإيذاء الناس حرمتهما على نفس الفقيه فضلاً عن غيره . فهذه الأُمور خارجة عن محل الكلام في المقام لتوقّفها على إجازة الإمام فقط ولا تكفي فيه إجازة الفقيه ولا غيره كما هو ظاهر .

وأُخرى نعلم أصل مشروعية العمل بل نعلم بوجوبه بلا تقييد إلّا أنّا نحتمل التقييد في الواجب بأن يكون العمل المأذون فيه من الفقيه واجباً فأصل الوجوب محرز ولا كلام فيه ، وإنّما الكلام في اشتراط الواجب بشيء ففي مثل ذلك لا ينبغي الإشكال في أنّ مقتضى البراءة عن التقييد والاشتراط عدم اشتراط العمل بشيء وهو نتيجة الاطلاق ، فمقتضى الأصل عدم لزوم الاستجازة من الفقيه .

وثالثة نعلم بأصل الوجوب في الجملة بمعنى أنّا نحتمل أن يكون الوجوب مقيّداً باجازة الإمام أو الفقيه كما في مثل صلاة الجمعة حيث يحتمل أن تكون واجبة فيما إذا أجاز الفقيه وغير واجبة فيما إذا لم يجزها ، ففي مثل ذلك مقتضى الأصل عدم الوجوب إلّا فيما إذا أجاز الفقيه لأنه متيقّن حينئذ وهو نتيجة التقييد .

ورابعة : نعلم أصل مشروعية العمل ولا نحتمل الوجوب في شيء ولكن نعلم بمشروعيته عند إجازة الفقيه ونشكّ في جوازه بدونها وهذا كما في التصرف في بعض الأوقاف العامّة أو الأخماس وسهم الإمام فإنّ التصرف فيها بإذن الفقيه مقطوع الجوز لعدم جواز التصرف في ملك الغير وهو الإمام ، وبما أنه غير متمكّن الوصول إليه وقلنا بعدم جواز دفنه أو الايصاء به أو إلقائه في البحر بل لابدّ من صرفه ، ولا نحتمل اشتراط إجازة غير الفقيه قطعاً ، فنعلم أنه عند إجازة الفقيه جائز قطعي ونشكّ في صورة عدم الاجازة ونفس الشكّ كافٍ في عدم جواز العمل ، فهذا ليس من أجل ولاية الفقيه بل من أجل الأخذ بالمقدار المتيقّن ، ومن ذلك أيضاً التصرف

في أموال القاصرين وحفظها فإنّ جواز حفظها ممّا لا إشكال فيه غير أنّا نشكّ في جوازه بدون إذن الفقيه ونعلم بجوازه معه ، فيعتبر إذنه من باب الأخذ بالمقدار المتيقّن .

الكلام في ولاية عدول المؤمنين

إذا قلنا بولاية الفقيه في بعض الموارد وتعذّر الوصول إليه لعدم التمكّن من السؤال أو لبعد المكان وغيرهما من الأعذار فهل يجوز لعدول المؤمنين التصرف في ذلك المورد لثبوت الولاية لهم حينئذ أو لا ؟ فيه خلاف .

وتوضيح الكلام في المقام : أنّ الموارد التي كان مقتضى الأصل فيها جواز التصرف وعدم الاشتراط بإذن الفقيه كصلاة الميّت مثلاً ففي مثل ذلك إذا تعذّر الوصول إلى الفقيه فجواز التصرّف فيه للمؤمنين موافق لما يقتضيه الأصل العملي .

وأمّا في الموارد التي كان مقتضى الأصل فيها حرمة التصرّف وعدم جوازه وإنّما حكمنا بجواز التصرّفات للفقيه من باب الأخذ بالمقدار المتيقّن ، فإذا تعذّر الوصول إلى الفقيه في مثل ذلك فلا يجوز التصرّف لأحد أبداً ، لأنّ مقتضى الأصل عدم جواز التصرّف فيه ونشكّ في مشروعية أصل العمل إذا لم يكن باجازة الفقيه وكونه معروفاً والمعروف صدقه لا ينافي ما ذكرناه ، لأنّ كونه معروفاً بدون إجازة الفقيه أوّل الكلام اللهمّ إلّا أن نعلم خارجاً محبوبية العمل لله تعالى وأمره به ولو في حال التعذّر من الوصول إلى الفقيه ، فإنّ التصرّف حينئذ يجوز للمؤمنين للعلم بمشروعيته حسب الفرض ، إلّا أنّ لازم ذلك عدم احتمال اشتراط العمل بإذن الفقيه ، إذ العلم بمحبوبية العمل حال التعذّر من الوصول إلى الفقيه لا يجتمع مع احتمال الاشتراط بإذن الفقيه . وبالجملة أنّ نسبة عدول المؤمنين إلى الفقيه كنسبة الفقيه إلى الإمام فيأتي فيه ما كان يأتي في الفقيه بالاضافة إلى الإمام (عليه السلام) .

ومن ذلك القبيل سهم الإمام (عليه السلام) عند عدم التمكّن من الوصول إلى الفقيه لأنّا نعلم حينئذ محبوبية صرفه في حوائج المحتاجين فيجوز لنا أن نتصرف فيه حسبةً .

ثمّ إنّ المؤمن المتصرف في الأموال عند تعذّر الوصول إلى الفقيه هل يشترط أن يكون عادلاً ثقة أو لا يشترط فيه العدالة بوجه وتجوز تصرفات الفاسق أيضاً كالعادل عند عدم التمكّن من الفقيه ؟

وليعلم أنّ نسبة الفاسق إلى العادل كنسبة العادل إلى الفقيه فيما يقتضيه الأصل العملي ، ففي التصرفات التي مقتضى الأصل فيها عدم الجواز لا ينبغي الإشكال في أنّ المقدار المتيقّن هو صحّة تصرفات العادل دون غيره ، نعم فيما إذا تعذّر الوصول إلى العادل فلا محالة تصل النوبة إلى الفاسق فيتصرّف في الأموال وغيرها من التصرفات ، هذا كلّه بحسب الأصل العملي .

وأمّا بحسب ما ورد في المقام من الأخبار والروايات فلابدّ من أن يلاحظ أنّها هل تقتضي اعتبار الوثاقة فقط أو تقتضي اعتبار العدالة .

فمنها : صحيحة محمّد بن إسماعيل « رجل مات من أصحابنا بغير وصية فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد القيّم بماله ، وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبدالحميد المتاع ، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيته وكان قيامه فيها بأمر القاضي (وضعف قلبه) لأنّهنّ فروج ، فما ترى في ذلك ؟ قال فقال : إذا كان القيّم مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس »[1] فوقع الكلام في أنّ المراد بالمماثلة في الرواية ماذا ، احتمل

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٦ ح٢ (مع اختلاف يسير) .

شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في الرواية أربعة احتمالات :

أحدها : المماثلة في التشيّع . وثانيها : المماثلة في الوثاقة . وثالثها : المماثلة في الفقاهة . ورابعها : المماثلة في العدالة ، وذكر أنّ الاحتمال الثالث منافٍ لاطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذّره ، مع العلم بأنّ القيمومة ثابتة لعدول المؤمنين عند تعذّر الوصول إلى الفقيه ، فبهذا العلم الوجداني نسقط الاحتمال الثالث عن الاعتبار ، إذن يدور الأمر بين الاحتمالات الثلاثة الباقية ، ولابدّ فيها من أن يؤخذ بما هو الأخص منها في مخالفة الأصل وهو العدل .

ويتوجّه عليه أوّلاً : أنّ العلم الخارجي بعدم إرادة الاطلاق من الكلام لا يرخّص رفع اليد عن ظهور اللفظ في الاطلاق ، بل لابدّ من التحفّظ على الظهور وتقييد الاطلاق بالعلم الوجداني بالتقييد ، وأمّا رفع اليد عن أصل الظهور وحمل اللفظ على خلاف الظاهر فهو ممّا لا مجوّز له على ما فصلنا الكلام فيه عند التكلّم في مبحث العام والخاص وقلنا إنّ أصالة الظهور إنّما تجري في تعيين المراد لا ـ بعد العلم بالمراد ـ في أنه كيف يراد .

وثانياً : أنّ هذه المناقشة تجري في الاحتمال الرابع أيضاً للعلم بأنّ القيمومة ثابتة للفاسق عند تعذّر الوصول إلى العادل مع أنّ مفهوم الصحيحة ثبوت البأس عند عدم العدالة على نحو الاطلاق ، فالعلم الوجداني على الخلاف موجود في هذا الاحتمال أيضاً ، هذا .

والصحيح أن يقال : بأنّ الاحتمال الأول أيضاً ساقط عن الاعتبار أعني المماثلة في التشيّع ، لأنّ الظاهر من الرواية أنّ السؤال إنّما هو عن الميّت من الشيعة والعادة جارية على نصب واحد ممّن يوافق الميت في المذهب من أقران الميّت

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٦٥ .

وأصحابه قيّماً على أمواله وأطفاله ، فإنّ من البعيد غير المتعارف أن ينصب سنّي قيّماً على أولاد الشيعي المتوفّى ، إذن فالمماثلة في الطريقة والتشيّع كانت مفروغاً عنها في الرواية ، ومعه لابدّ في الخروج عن أصالة عدم جواز التصرف في أموال الغير من أن نعتبر جميع المحتملات الباقية في المماثلة كالوثاقة والعدالة والفقاهة وغيرها ممّا نحتمل في معنى المماثلة اقتصاراً على القدر المتيقّن في الخروج عن مقتضى الأصل حتّى مثل المكان والبلد والعمر فيما إذا احتملنا دخل هذه الأُمور ، والوجه في ذلك أنّ الظاهر من الرواية هو التمكّن من استئذان الإمام (عليه السلام) في التصرفات وكان العصر عصر الحضور ، كما أنّ المبيع كان متاعاً لا يخشى عليه من الضياع والتلف على تقدير تأخير بيعه إلى زمان تحصيل الاذن من الإمام (عليه السلام) .

ومن الظاهر أنه مع التمكّن من الإمام (عليه السلام) وحضوره ليس لغيره الولاية في أمثال مورد السؤال ، ومعه إذا جعل الولاية لواحد كما في قوله (عليه السلام) « إذا كان مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس » فهو حكم على خلاف القاعدة يقتصر فيه على المقدار المتيقّن كما ذكرناه ، فإنه (عليه السلام) قد جعل بذلك الولاية لغيره مع التمكّن من الوصول إليه على طبق القضية الحقيقية ولو لأجل التساهل والارفاق ، فلا مناص من الاكتفاء في الخروج عمّا تقتضيه القاعدة على القدر المتيقّن .

ومنها : صحيحة علي بن رئاب « رجل مات وبيني وبينه قرابة وترك أولاداً صغاراً ، أو مماليك وجواري ولم يوص فما ترى في من يشتري منهم الجارية ويتّخذها أُمّ ولد وما ترى في بيعهم ؟ قال : إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم ، قلت : فما ترى في من يشتري منهم الجارية ويتّخذها أُم ولد ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيّم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم ، وليس

لهم أن يرجعوا فيما فعله القيّم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم »[١] وهذه الرواية تدلّ على كفاية الوثاقة والأمانة ، وملاحظة غبطة اليتيم في صحة الولاية والتصرف في أموال الصغير وأنه لا يحتاج إلى العدالة بوجه وعليها حمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) الرواية المتقدّمة وبها فسّر المماثلة المذكورة فيها .

ولا يخفى أنّ الرواية ليست بصدد بيان الأوصاف المعتبرة في القيّم وغير ناظرة إليها ، وإنّما هي في مقام بيان جواز الشراء فيما إذا باع عليهم القيّم الناظر إلى أفعالهم ، أمّا أنّ أيّ وصف يعتبر في القيّم فهي غير ناظرة إليه فلا يمكن الأخذ باطلاقها . على أنّ هذه الرواية مطلقة من حيث عدم اعتبار تعذّر الوصول إلى الإمام فضلاً عن الفقيه ، بل حكم بجواز تولية آحاد المسلمين على نحو الاطلاق سواء كان ذلك في زمان الإمام وأمكن الوصول إلى محضره أم كان في زمان آخر تمكّن من الوصول إلى الفقيه أم لم يتمكّن ، وعليه فتكون هذه الرواية أجنبية عمّا نحن بصدده ، إذ الكلام في ولاية المؤمنين أو غيرهم في غير زمان التمكّن من الإمام أو الفقيه ، وأمّا جعل الولاية على نحو الاطلاق فيمكن أن يشترط فيها شيء آخر أو يحذف عنها بعض الشروط ، وكيف كان فالمقام غير ما دلّت عليه الرواية كما هو ظاهر .

ومنها : موثّقة زرعة عن سماعة « في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية ، وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس »[٢].

وهذه الرواية غير منافية لاشتراط العدالة في القيّم بوجه ، وذلك لأنّ الثقة

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦١ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٥ ح١ (مع اختلاف يسير) .

(٢) الوسائل ١٩ : ٤٢٢ / كتاب الوصايا ب٨٨ ح٢ .

أخص من العدالة ومعناها من يؤمن به في جميع أفعاله وأخلاقه ودينه ، ومنه ثقة الإسلام لقب الكليني (قدّس سرّه) وأمّا إطلاق الثقة في اصطلاح الرجاليين على من لا يكذب في الحديث فقط وإن كان فاسقاً في حدّ نفسه أو كان كافراً مثلاً فهو اصطلاح خاص للرجاليين وإنّما اصطلحوا بذلك لأنه مشغلتهم حيث إنّ شغلهم التفتيش عن صدق الرواة وكذبهم في الخبر ، وأمّا الثقة على نحو الاطلاق كما وقع في الحديث فهي عبارة عمّن يؤمن به في جميع الأُمور على نحو الاطلاق وهو أرقى من العدالة وأخصّ منها كما لا يخفى .

وهذه الرواية أيضاً مطلقة من حيث التمكّن من الوصول إلى الإمام أو الفقيه وعدمه كما في الرواية المتقدّمة .

ومنها : صحيحة إسماعيل بن سعد قال « سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك ، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ قال (عليه السلام) إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك »[1] وهذه الرواية أيضاً تدلّ على اشتراط العدالة في القيّم .

فتلخّص من جميع ما ذكرناه : أنّ بيع مال اليتيم يجوز لكل عدل من المسلمين أن يتولّاه مع ملاحظة غبطة الصغير وإن لم يكن بإذن الإمام أو الفقيه ، إلّا أنّ ذلك أمر يختص بهذا المورد ، وأمّا في غير البيع من التصرفات المالية أو التصرفات في نفس اليتيم فلابدّ من الاستجازة من الفقيه إن كان ، وإلّا فعلى الترتيب المتقدّم سابقاً ، وأمّا بدون الاجازة فلابدّ من المراجعة إلى ما يقتضيه الأصل العملي وهو

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٢ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٦ ح١ .

يقتضي حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه .

بقي الكلام فيما أفاده شيخنا الأنصاري[1] في المقام من أنّ الحاكم إذا تصرف في مال أحد ببيعه أو في عِرضه بتزويجه ونحوهما فلا يجوز للحاكم الآخر أن يتصرف فيه بفسخه أو بشيء آخر ينافي تصرّف الأول ، وذلك لأنه مزاحمة لما صدر من الحاكم الأول ومزاحمته مزاحمة الإمام (عليه السلام) ، إذ المفروض أنه نائب عنه وفعله فعله ووضع يده على المال كوضع الإمام (عليه السلام) يده عليه ومزاحمة الإمام غير جائزة ، بل الصحيح هو تصرّف الحاكم الأول ومعه لا يبقى لتصرف الثاني فيه مجال ، لأنّ أدلّة النيابة عن الإمام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام ، بل ولولا ذلك للزم اختلال النظام في مثل هذه الأيام التي شاع فيها القيام بوظائف الحكّام ممّن يدّعون الحكومة فأحدهم يتصرف في مال والآخر يفسخه ، هذا .

ولا يخفى أنه بناء على نيابة الفقيه عن الإمام (عليه السلام) لا معنى لمزاحمة الحاكم الثاني للحاكم الأول في تصرفاته ، وذلك لأنّ الحكّام حينئذ أيدي الإمام وأفعالهم كأفعاله ، فإذا تصرف فيه أحدهم بالبيع فقد تصرف فيه الإمام بالبيع فإذا فسخه الحاكم الثاني لما يراه من المصلحة في فسخه فقد فسخه الإمام ، ففعلهما كفعلي شخص واحد ، فلا يكون أحد فعليه مزاحماً لفعله الآخر بوجه ، فعلى القول بنيابة الفقيه فلا محيص من الالتزام بصحّة فعل كل واحد منهما ولا يكون أحدهما مزاحماً لفعل الإمام أبداً .

ولكن الذي يسهل الخطب أنّ النيابة لم تثبت للفقيه ومقتضى الأصل الأولى عدم نفوذ تصرف أحد في مال الآخر أو عرضه ، وقد خرجنا عن مقتضى ذلك في الحاكم الأول من باب الأخذ بالمقدار المتيقّن ، وأمّا تصرف الحاكم الثاني فلا يشمله

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٧١ ـ ٥٧٢ .

الدليل لما عرفته من الأصل فيكون لغواً ، وإنّما حكمنا بصحة تصرف الأول وخرجنا فيه عمّا يقتضيه الأصل الأوّلي من أجل الأخذ بالقدر المتيقّن ممّا دلّ على نيابة الفقيه ، فلا يبقى لتصرفات الحاكم الثاني دليل فلا محالة يقع لغواً .

وأمّا ما ادّعاه (قدّس سرّه) من استلزام المنع عن ذلك اختلال النظام ، فيندفع بأنّ ذلك إنّما يلزم من كثرة دعوى المدّعين الكاذبين لا من أجل صحة تصرف الفقيه الثاني ، وكذب المدّعي واستلزامه الاختلال لا يمنع عن جعل النيابة لكل واحد من الفقيهين الجامعين للشرائط ، كما لا يلزم الاختلال من ثبوت الولاية للأب والجدّ في عرض واحد ، فلولا ما ذكرناه من عدم نيابة الفقيه للزم الالتزام بصحة فعل كل واحد من الحاكمين لا محالة ، إلّا أنّك عرفت أنّ الأصل يقتضي عدم نفوذ تصرف أحد في حقّ الغير والفرق بين ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وبين ما ذكرناه أنه على ما أفاده (قدّس سرّه) لا يشمل الدليل ما كان فيه مزاحمة الإمام (عليه السلام) وأمّا بناء على ما ذكرناه فلا دليل على النيابة أصلاً فالنتيجة واحدة ، هذا كلّه في الحكّام .

وأمّا في عدول المؤمنين فقد أفاد (قدّس سرّه) أنه لا مانع من تصرف العادل الثاني أيضاً بعد تصرف الأول من أجل أنّ ولاية العادل مجرد تكليف وجوبي أو استحبابي وليست على وجه النيابة من الإمام حتّى يقال إنّ فعل الثاني منهما مزاحمة للإمام (عليه السلام) بل كلاهما أمران واجبان أو مستحبّان ، هذا .

ولكنّا لم نفهم ماذا يريد (قدّس سرّه) من هذا الكلام وأنّ الولاية بمعنى التكليف المجرّد ما معناها في المقام ، إذ لا معنى للولاية إلّا كون تصرف العادل نافذاً وليست الولاية إلّا ذلك ، نعم هذه الولاية لم تثبت للعادل من قبل الفقيه .

وكيف كان فالظاهر أنّه لا فرق بين العدول والحكّام في ذلك وأنّ تصرف الثاني منهما ممّا لا دليل عليه وإنّما ينفذ تصرف الأول منهما من أجل الأخذ بالمقدار

المتيقّن ، نعم في الموارد التي مقتضى الأصل فيها الجواز كما في صلاة الميّت لا مانع من صحة فعل الثاني منهما أي من العادل والحاكم ، لأنّ الأصل يقتضي الجواز فإذا أجاز الحاكم إقامة الصلاة على الميت الذي لا ولي له لأحد فسبقه شخص آخر في إقامتها عليه فلا مانع من الالتزام بصحتها ، لأنّ مقتضى الأصل فيها هو الصحة ، فالتفصيل إنّما هو بين الموارد التي مقتضى الأصل فيها الجواز وبين ما يقتضي الأصل فيه عدم الجواز من دون فرق بين العادل والحاكم ، فلو ادّعى (قدّس سرّه) لزوم الاختلال من تصرّف العادل الثاني لكان أولى من ادّعائه في الحاكم لكثرة عدول المؤمنين واقعاً

بقي في المقام شيء غفلنا عنه في البحث المتقدّم : وهو أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ذكر أُموراً بعد اشتراط العدالة في عدول المؤمنين حسب الأخبار الواردة في اشتراط ولايتهم بالعدالة ، ومن جملة هذه الأُمور : أنّ العدالة إنّما هي شرط صحة الشراء من الولي الذي هو المؤمنون وليست شرطاً في صحة مباشرة الولي لأُمور المولّى عليه في حد نفسه ، فللفاسق أن يتصرف في أموال الصغير إذا كان ذلك على وفق المصلحة ، إلّا أنّ الغير إذا أراد أن يشتري منه شيئاً من أموال الصغير فصحة ذلك الشراء مشروطة بعدالة البائع الولي ، فهي شرط في صحة أفعال الغير دون نفس مباشرة الولي .

وقد استدلّ على ذلك تارةً : بأنّ تصرفات الولي في أموال الصغير معروف وكل معروف إحسان أو صدقة ، فهي لا تتوقّف على عدالة ذلك الشخص ، وكذا تصرفاته في أُمور الطفل عون له وعون الضعيف صدقة .

وأُخرى : بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[2]

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٦٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

بتقريب أنه عام للعدول والفسّاق وقد اشترط في تقرّبهم إلى مال اليتيم أن يكون ذلك بما هو مصلحة في حقّه وأحسن بالاضافة إليه ، فعليه لا تشترط العدالة في مباشرة الولي في اُمور اليتيم بل إنّما هي شرط في صحة شراء الغير منه بمقتضى قوله « وقام عدل في ذلك » في صحيحة إسماعيل بن سعد[1] وأمّا صحيحة محمّد بن إسماعيل السابقة[2] المشتملة لقوله « إذا كان مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس » فقد عرفت أنّها محمولة على صحيحة علي بن رئاب[3] الدالّة على اعتبار الوثاقة عند الشراء ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما استدلّ به على عدم اشتراط العدالة في المباشرة مورد للمناقشة الواضحة ، أمّا قوله (عليه السلام) « كل معروف صدقة »[4] أو عون الضعيف صدقة[5] فلأنّه إنّما تكفّل لبيان الحكم على وجه الكبروية ولا نظر له إلى بيان مصاديقها وصغرياتها ، ولا دلالة فيه على أنّ المورد معروف ، وعليه فمن أين يستفاد أن تصرف الفاسق في أموال اليتيم معروف ولعلّه أمر غير معروف لأنّ الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه .

وأمّا كونه على وفق مصلحته فهو لا يجعله معروفاً ، وذلك لعدم جواز بيع دار الغير كالجار فيما إذا رأينا مصلحة في بيعها بدعوى أنه مصلحة فهو معروف وكل معروف صدقة ، وذلك لحرمته وعدم صحته .

وأمّا الآية المباركة فقد عرفت أنّها تدلّ على عدم جواز أكل مال اليتيم إلّا

---

(١) تقدّمت في الصفحة ١٨١ .

(٢) تقدّمت في الصفحة ١٧٧ .

(٣) تقدّمت في الصفحة ١٧٩ .

(٤) الوسائل ١٦ : ٢٨٥ / أبواب فعل المعروف ب١ ح٢ .

(٥) الوسائل ١٥ : ١٤١ / أبواب جهاد العدو ب٥٩ ح٢ (مع اختلاف يسير) .

بطريق هي أحسن ، وهذا كسابقه أمر كبروي ولا دلالة فيه على أنّ بيع الفاسق وتصرّفاته في مال اليتيم طريقة أحسن ، مع أنّ الأصل عدم جواز تصرّف أحد في مال الغير .

فالمتحصّل : أنّ العدالة شرط في صحة مباشرة الولي لا في خصوص الشراء أو غيره من أفعال الغير ، كما أنه لابدّ من إحراز العدالة في صحة الشراء منه ولا يمكن الاكتفاء في ذلك بحمل فعل المسلم على الصحة مطلقاً ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ التمسّك بأصالة الصحة إنّما لا يصحّ فيما إذا أردنا شراء شيء من أموال اليتيم من الولي الفاسق ، وأمّا إذا باعه الفاسق من شخص آخر وأخذ الثمن منه فأردنا الشراء من ذلك الشخص الآخر فلا مانع من التمسّك بأصالة الصحة في المعاملة الواقعة بين الفاسق وذلك الشخص ومقتضاها جواز الشراء من الثاني ، وذلك لأجل الشك في أنّ مال اليتيم هل هو ذاك المال الموجود في يد البائع أو أنه عبارة عن الثمن الموجود في يد الولي الفاسق ، إذ المعاملة السابقة إن كانت صحيحة فماله هو الثمن ، وإن كانت باطلة فماله هو العين الموجودة في يد البائع ، فلا مانع من التمسّك بأصالة الصحة في جواز الشراء من الثاني .

والوجه في عدم صحة التمسّك بذلك : هو أنّا إذا اشترطنا في صحة الشراء عدالة الولي لما أشرنا إليه من الوجوه فمع عدم إحراز شرط الصحة والعلم بأنّ الولي فاسق يحكم بالبطلان لا محالة ، سواء كان ذلك في الشراء من الولي أو كان في الشراء ممّن اشترى منه ، فلابدّ من إحراز العدالة في صحّة المعاملة .

نعم لا مانع من التمسّك بأصالة الصحة فيما إذا وقع عقد على مال اليتيم وشككنا في صحته وفساده من أجل الشك في فسق الولي ، أو من جهة احتمال أنه استأذن من العادل مع إحراز فسقه بنفسه ، فلا مانع من التمسّك بأصالة الصحة والحكم بصحة ذلك العقد .

وأمّا إذا شككنا في صحة المعاملة قبل وقوع العقد على المال من أجل الشك في عدالة الولي أو فسقه فلا يصح التمسّك بأصالة الصحة في الحكم بجواز الشراء منه وذلك لأنّ حمل فعل البائع على الصحيح لا يقتضي الحكم بحصول شرط صحة شراء المشتري ، بل غاية ما يترتّب على أصالة الصحة في فعله هو الحكم بعدم صيرورة البائع فاسقاً بهذا التصرف ، وعليه فلابدّ من إحراز أنّ البائع عادل في صحة الشراء ، هذا كلّه في التصرف في أموال اليتيم ونحوه ممّا اشترط فيه العدالة .

وأمّا التصدّي لغيره من الأُمور ممّا لم يشترط فيها العدالة كإقامة الصلاة على الميت فلا إشكال في صحة الاكتفاء بفعل الفاسق لأنه يسقط الوجوب عن غيره لعدم اشتراط العدالة في صحة صلاة الميت ، نعم لو أخبر الفاسق بأنّي صلّيت على الميت أو صلّى عليه آخر فلا يمكن الاكتفاء بخبره ولا يسقط وجوبها عنه بذلك ، بل الأمر كذلك فيما لو أخبر بذلك العدل الواحد أيضاً فيما إذا قلنا بعدم شمول أدلّة حجّية خبر الواحد للموضوعات واختصاصها بالأحكام .

ثم إنه ظهر ممّا ذكرناه في المقام الفرق بين الشك في العدالة والشكّ في المصلحة في فعل الولي ، وذلك لأنّ أحدهما لا يقاس بالآخر بوجه ، لأنّ الشكّ في العدالة يرجع إلى الشك في أنه ولي أو ليس بولي ، وأمّا الشكّ في المصلحة في فعل الولي فهو إنّما يكون شكّاً في مجوّز فعل الولي بعد الفراغ عن أنه ولي ، ولا إشكال في أنّ ما فعله الولي ممضى عند الشارع ويلزم الأخذ به ولو مع الشك في مصلحته ، وهذا بخلاف المقام لأنه شكّ في أصل الولاية فلا يمكن الأخذ بفعله ، فلا يرد ما أورده بعضهم على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الشك في العدالة كالشكّ في المصلحة في فعل الولي وأنه لابدّ من الأخذ به .

ثمّ إنه يقع الكلام في أنّ تصرف الحاكم أو عدول المؤمنين أو فسّاقهم بناء على عدم اشتراط العدالة هل يشترط بوجود المصلحة في ذلك التصرف أو أنّ اللازم أن

لا يكون مع المفسدة وأمّا المصلحة فلا تعتبر فيه ، أو أنّ المعتبر في نفوذ تصرفات الولي هو أن يكون التصرف أصلح ومجرد المصلحة لا يكفي في صحة التصرفات ؟ هناك وجوه وأقوال وقد اختار الثالث شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وذكر أنّ بيع مال اليتيم بعشرة دراهم غير نافذ فيما إذا أمكن بيعه بأزيد منها وإن كان بيعه بعشرة دراهم أيضاً مصلحة في حقّه بل لو فعل ذلك في أموال نفسه عدّ سفيهاً .

ثم إنه استدلّ على ذلك بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾(٢) وبما أنّ الآية لم تُنقّح في آيات الأحكام تصدّى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لبيان معنى الآية وذكر أنّ القرب يحتمل وجوهاً .

الأول : مطلق التصرفات في المال ولو بنقله من مكان إلى مكان .

الثاني : مجرد وضع اليد على المال في الابتداء وأمّا التصرفات الواقعة عليه بعده من البيع والاجارة فهي خارجة عن القرب وإنّما هو عبارة عن وضع اليد عليه حدوثاً .

الثالث : ما يعدّ تصرفاً عرفاً فلا يشمل جميع التصرفات .

الرابع : مطلق التصرفات الأعم من الفعل والترك ، والجامع أن يكون أمراً اختيارياً متعلّقاً بمال اليتيم .

ثم إنّ لفظة ﴿أَحْسَنُ﴾ المذكورة في الآية المباركة تحتمل أُموراً : الأول أن يراد بها التفضيل كما هو ظاهرها . والثاني : أن يراد بها الحسن كما أُطلق في قوله تعالى : ﴿وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ﴾(٣) وأُريد بها خلاف ظاهرها .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٧٣ ـ ٥٧٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

(٣) الأنفال ٨ : ٧٥ .

ثم إنّ الأحسن يحتمل أن يراد به الأحسن على نحو الاطلاق فإذا كان هناك فعلان كبيعه من زيد وبيعه من عمرو وترك واحد كترك بيعه مثلاً فلابدّ من اختيار الفعل الذي هو أحسن من تركه ومن الفعل الآخر ، كما يحتمل أن يراد بـه الأحسـن في الجملة وهو الذي يكون أحسن من تركه فقط . وكذا الحسن يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه كما يحتمل أن يراد به ما فيه المصلحة ، ثم استظهر من احتمالات القرب الاحتمال الثالث من بينها ، ومن احتمالات الأحسن الاحتمال الثاني وهو كونه بمعنى التفضيل المطلق ، ثم ذكر فرعاً وهو أنه إذا فرضنا أنّ المصلحة قد اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم على حالها أو جعلها ديناراً فلا يجوز للولي أن يجعل الدراهم ديناراً ، لأنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه وإن كان الولي في أوّل الأمر مخيّراً بين بيع مال اليتيم بالدراهم وبين بيعه بالدينار ، لأنّ المفروض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بـعد فـرض أنّ المصلحة تعلّقت بتبديل مال اليتيم بالنقد ، هذا كلّه بناء على الوجه المختار عنده (قدّس سرّه) .

وأمّا إذا جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز تبديل الدراهم بالدينار لأنه تصرف من غير مفسدة ، وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع وذلك لأنّ الولي مكلّف بأن يكون ترك تصرفاته في الدراهم على وجه الأحسن وبما أنّ المفروض أنّ الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً فلا محالة يكون مخيّراً بين إبقاء الدراهم على حالها وبين جعلها ديناراً ، فالقدر المشترك بين الابقاء والتبديل أحسن ، فليس له ترك كل واحد منهما فهو مخيّر بينهما لا محالة ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولكنّك خبير بأنّ الاحتمالات الأربعة في معنى القرب كلّها غير محتمل الارادة من الآية .

أمّا الاحتمال الرابع ، فلأنّ شمول القرب للترك من غرائب الكلمات وكـيف

يطلق على من ترك التصرف في مال اليتيم أنه تقرّب من ماله ، بل وعليه يجب الزام الناس بالتصرف في مال اليتيم لأنّ تركه تقرّب من ماله وهو حرام إلّا إذا كان على الوجه الأحسن .

وأمّا الاحتمال الثالث ، فلأنّ مجرد البيع أو الاجارة المتعلّقين بمال اليتيم لا يعدّ تقرّباً إلى أمواله ما دام لم يستول البائع على ماله ولم يتسلّط عليه خارجاً بنقله وتحويله ، فمجرد التصرف الاعتباري لا يكون مصداقاً للقرب كما هو ظاهر .

وأمّا الاحتمال الثاني : فلأنّ مجرد وضع اليد على المال لا يكون تقرّباً إلّا على نحو الاستيلاء خارجاً وهو لا يختصّ بالحدوث بل كما يكون تقرّباً عند الحدوث كذلك يصدق عليه التقرّب بالبقاء .

وأمّا الاحتمال الأول : فلأنّ مطلق التقلّب في مال اليتيم لا يصدق عليه القرب عند العرف ما لم يستول عليه في الخارج ، فالظاهر أنّ القرب بمعنى التسلّط والاستيلاء على مال اليتيم في الخارج .

ثم إنّ النهي في قوله تعالى ﴿لَا تَقْرَبُوا﴾ نهي تكليفي محض ولا دلالة فيه على الفساد والبطلان ، لأنّ النهي قد تعلّق بالفعل الخارجي وهو الاستيلاء ولم يتعلّق بعنوان المعاملة ، فلا محالة يكون تكليفياً لا إرشاداً إلى الفساد ، وعليه فالآية أجنبية عن المعاملات الواقعة على مال اليتيم ولا تعرّض فيها لحكمها وأنّها صحيحة أو فاسدة أبداً ، وعليه فلا يهمّنا تحقيق معنى الأحسن وأنه بأي معنى أُريد في الآية .

والتحقيق أنّ مطلق التصرفات الواقعة على مال اليتيم من البيع والاجارة ونحوهما غير نافذة ، من غير فرق في ذلك بين أن يكون التصرف مصلحة في حقّه أو أصلح ، صدر من الحاكم أو عدول المؤمنين ، وذلك لما عرفت من أنه لم تثبت ولاية أحد على مال اليتيم إلّا في الموارد المنصوصة كما في تقسيم ماله بعد موت المورّث

بمقتضى قوله (عليه السلام) «قام عدل في ذلك»[١] الحديث، نعم لا مانع من تصرّفهم في ماله حسبة كما إذا رأينا أنّ ماله يفوت ونعلم أنّ الشارع لا يرضى بفوته فلا مانع حينئذ من تبديل ماله بالنقد أو بشيء آخر على التفصيل المذكور في محلّه.

وأمّا معنى قوله تعالى ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ﴾ فمرجع الضمير لم يظهر لنا حقيقة ولكن بعضهم فسّره بالنيّة بمعنى أنّ التقرّب من مال اليتيم غير جائز إلّا بنيّة هي أحسن من غيرها، وفسّره بعض آخر بالكيفية بمعنى حرمة التقرّب إلى مال اليتيم إلّا بكيفية هي أحسن من غيرها، وقد فسّرناه نحن بالطريقة وإن لم نره في كلمات المفسّرين، فيصير معنى الآية حينئذ لا تقربوا مال اليتيم إلّا بطريقة هي أحسن وهي الطريقة الإسلامية لأنّها أحسن من غيرها، والباء حينئذ للسببية ومعناه أنّ التقرّب المرخّص في الشريعة المقدّسة هو الجائز دون غيره، فما رخّصته الطريقة الإسلامية فلابدّ من الأخذ به دون غيره.

وقد تحصّل من جميع ما ذكرناه إلى الآن: أنّ مقتضى الأصل عدم جواز تصرف أحد من الحاكم وعدول المؤمنين وغيرهم في أموال اليتيم ببيعها وشرائها وإجارتها، ولم تثبت ولايتهم عليه كما مرّ فلا ينفذ شيء من تصرفاتهم، وقد خرجنا عن مقتضى الأصل في بعض الموارد بالقطع برضا الشارع في التصرف في أموال اليتيم، وذلك كما إذا رأينا أنّ داره تنهدم لو لم تبع ولا يصل إلى اليتيم شيء من منافعها على تقدير إنهدامها، فلا محالة نحرز بذلك أنّ الشارع راضٍ ببيع ماله أو إجارته وهكذا، إلّا أنه لابدّ في ذلك من الاقتصار على مورد اليقين ولا يمكن التعدّي عن المقدار المتيقّن، لأنّ المخصّص عقلي وفي مثله لابدّ من أن يؤخذ بالقدر المتيقّن وهو عبارة عمّا إذا كان البيع أو غيره من التصرفات أصلح بحاله وأنفع

---

(١) تقدّمت في الصفحة ١٨١.

من غيره ، فإذا كان بيعه بعشرين درهماً ممكناً مثلاً فلا يجوز بيعه بعشرة دراهم وإن كان مصلحة أيضاً لوجود ما هو أصلح منه في حقّه ، اللهم إلّا أن يكون في بيعه بعشرة مصلحة تعود إلى اليتيم وهي أعظم من مصلحة بيعه بعشرين درهماً ، هذا هو الذي يقتضيه الأصل في المقام .

وأمّا الروايتان المذكورتان في كلام الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) فاحداهما حسنة الكاهلي قال « قيل لأبي عبدالله (عليه السلام) إنّا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك ؟ قال : إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وإن كان فيه ضرر فلا »(١) وقد استظهر منها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنّ مناط حرمة التصرف في أموال اليتيم هو الضرر فإذا انتفى فيجوز التصرف فيها وإن لم يكن فيه منفعة ، وهذا يبتني على حمل المنفعة في الرواية على عدم الضرر كما صنعه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وقد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٣) أنّ الرواية تقتضي اعتبار المنفعة في جواز التصرف في أموال اليتيم ، ومفهوم ذلك عدم جواز التصرف فيما إذا لم يكن هناك منفعة في التصرف أو كان فيه ضرر عليه ، والإمام (عليه السلام) إنّما صرّح بالشق الثاني من المفهوم لأنه أظهر الفردين ، لا أنّ مفهومه منحصر فيه كما حملها عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هذا .

والظاهر أنّ المراد بالمنفعة في الرواية هو عدم الضرر وتدارك ما يرد عليهم

(١) الوسائل ١٧ : ٢٤٨ / أبواب ما يكتسب به ب ٧١ ح ١ .
(٢) المكاسب ٣ : ٥٧٧ .
(٣) منية الطالب ٢ : ٢٤٣ .

من المضارّ كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) والوجه في ذلك: أنّ ورود الضيف على أحد بنفسه يقتضي الضرر عليه لأنه يأكل من مأكلهم ويشرب من مشربهم ويستفيد من خادمهم وفراشهم، فليس للضيف والوارد قسمان قسم يضرّ بوروده وقسم لا يضرّ ولا ينفع، وإنّما له فرد واحد وهو يوجب الضرر دائماً ولأجله لا يصح أن يعبّر في الرواية عوض قوله إذا كان في دخولكم عليهم منفعة بأنه إذا كان دخولكم عليهم غير مضرّ فلا بأس وإن كان فيه ضرر فلا، وذلك لعدم صحته وعدم فردين للورود لأنه منحصر في المضرّ، فلابدّ من أن يعبّر عن تدارك الضرر بالمنفعة في المقام، وعليه فيستقيم ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الرواية تدلّ على اعتبار عدم المضرّة في جواز التصرف في أموال اليتيم.

إلّا أنّ الرواية غير واردة فيما نحن فيه من بيع مال اليتيم وإجارته ونحوهما من التصرفات المعاملية، وإنّما وردت في التصرف في أموال اليتيم بأكله ولبسه ونحوهما، ومن المعلوم أنّ أحدهما غير الآخر لا محالة، والإمام (عليه السلام) إنّما جوّز التصرف في مال اليتيم بأكله وصرفه مشروطاً بعدم كونه مضراً في حق اليتيم ولم يجوّز البيع أو الاجارة مشروطاً بهذا الشرط، والوجه في تجويزه التصرف في ماله بالأكل واللبس بالشرط ظاهر وهو أنه لولا ذلك لم يجز لأحد التصرف في أمواله ولا الدخول عليه ولا الجلوس على بساطه، ومعه لم يمكن حفظ كيان الصغير ويخرج بذلك عن المجتمع ويكون منعزلاً عن الناس وهو ممّا لا يرضى به الشارع جزماً، وهذا بخلاف عدم تجويز بيع مالهم لأنه لا يترتّب عليه شيء من المحاذير ولعلّه ظاهر، وكيف كان فالرواية أجنبية عمّا نحن بصدده وهو واضح.

وثانيتهما: رواية ابن المغيرة «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) إنّ لي ابنة أخ يتيمة فربما أُهدي لها الشيء فآكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول

يا ربّ هذا بهذا ، فقال (عليه السلام) لا بأس »[١] وهذه الرواية أيضاً تدلّ على جواز التصرف في مال اليتيم فيما إذا لم يكن التصرف فيه بأكله بلا عوض ، وأمّا إذا تدارك ما أكل منه بشيء آخر أنفع له أو مساوٍ له فلا مانع من التصرف فيه بأكله ، والوجه في تجويز التصرف فيما اُهدي إلى اليتيم هو أنّ الهدية بحسب الغالب تكثر عن مقدار مأكل المهدى إليه ، وعليه فإذا لم يأكل مصاحب اليتيم من ذلك ولم يتصرف فيه بوجه فلا محالة يبقى ويتلف بنفسه أو يسقط عن حيز الانتفاع ، وهذا بخلاف ما لو أكله مصاحبه ثم أطعمه من ماله بعد ذلك فإنه نفع لليتيم وموجب لعدم تضييع ماله وكيف كان فهذه الرواية أيضاً أجنبية عمّا نحن فيه من التصرّف في مال اليتيم بالبيع والاجارة ونحوهما ومقتضى الأصل هو المحكّم في المقام .

الكلام في عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر

قد اشترطوا في من ينتقل إليه العبد المسلم الإسلام فلا يجوز بيعه من الكافر بوجه ، من دون فرق في ذلك بين أن يكون العبد ثمناً في المعاملة أو مثمناً . والدليل على ذلك تسالم الفقهاء من أصحابنا وإجماعهم على عدم جواز نقله إلى الكافر .

وقد استدلّ على ذلك أيضاً بما ورد[٢] من أنّ العبد إذا أسلم يباع على مالكه إذا كان كافراً ، وأنّ الكافر لا يمكن أن يتسلّط على المسلم ، بتقريب أنّ هذه الأخبار الواردة في بيع العبد المسلم على مولاه إنّما دلّت على أنّ الشارع لا يرضى ببقاء ملك الكافر على المسلم ، ويستفاد من ذلك عرفاً أنّ إحداث الملك أيضاً ممّا لا يرضى به الشارع ، وذلك لأنّ المولى إذا أمر عبده باخراج شخص من منزله فيستفيد العبد من

---

(١) الوسائل ١٧ : ٢٤٩ / أبواب ما يكتسب به ب٧١ ح٢ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٢٨ ح١ .

ذلك أنّ المولى لا يرضى بدخول هذا الشخص في منزله من الابتداء، وبما أنّ الشارع أمر بازالة العلقة المالكية بحسب البقاء فمنه نستفيد أنّ إحداث تلك العلقة أيضاً غير مرضية عنده لا محالة. وقد قاسوا ذلك بما ورد من وجوب إزالة النجس عن المساجد حيث إنّ العرف يستفيد منه أنّ إدخال النجس إلى المسجد حرام وإلّا فلم يكن وجه للمنع عن ابقائه، هذا.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بأنّ الأمر وإن كان كما ذكر وأنّ المنع عن إبقاء العلقة أو الشيء الآخر يدلّ على المنع من إحداثها أيضاً، إلّا أنه إنّما يفيد في المقام فيما إذا كان الأمر ببيع العبد المسلم على مولاه الكافر حكماً وضعياً والنهي عن إبقائه نهياً وضعياً، وحينئذ كنّا نستفيد منه أنّ إحداث تلك العلقة أيضاً غير صحيح بحسب الوضع، ولكن الأمر والنهي في الابقاء تكليفيان فقط ولا يشمّ منهما رائحة الوضع أبداً، وعليه فنتعدّى إلى الحدوث بحسب الحكم التكليفي ونحكم بحرمة إيجاد العلقة بين العبد المسلم الكافر فقط من دون أن يكون البيع فاسداً فلذا لا يستفاد من ذلك عدم انتقال العبد المسلم إلى الكافر فيما إذا بيع منه سهواً أو نسياناً أو عصياناً، هذا.

ثم إنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] ذكر في المقام أنّ النهي عن إبقاء العلقة الملكية يستدعي بطلان ملك الكافر للعبد المسلم بحسب البقاء، فمنه يستفاد حكم الحدوث وأنه لا ينتقل إلى الكافر بحسب الحدوث أيضاً، هذا.

ولا يخفى عليك أنه بعد بيان شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وتقريبه عدم دلالة الأدلّة على أزيد من النهي عن إبقاء العلقة المالكية تكليفاً لا يبقى مجال لما ذهب إليه

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٨٢ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٤٤ ـ ٢٤٥ .

شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) في المقام ولم نفهم مرامه (قدّس الله نفسه) بعد هذا البيان الذي لا قصور فيه بوجه وملخّصه : أنّ النهي عن البقاء تكليفي محض وليس بوضعي أبداً ، وبما أنّ الحدوث مانع للبقاء فلا محالة يكون أصل حدوث العلقة الملكية مبغوضاً تكليفياً للشارع فقط ولا يستفاد منه بطلان المعاملة وعدم انتقال العبد المسلم إليه .

وقد استدلّ على عدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر أيضاً بما ورد عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(١) حيث أمر ببيع العبد الذي أسلم من المسلمين فقال اذهبوا فبيعوه من المسلمين ، بتقريب أنّ بيعه لو كان صحيحاً من غير المسلمين أيضاً فلم يكن وجه لتقييده (عليه السلام) الحكم بالمسلمين .

والجواب عن ذلك : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الغرض من ذلك إنّما كان تخليص المسلم من الكافر فلو رخّص في بيعه من الكافرين أيضاً لكان ذلك نقضاً للغرض ، وبالجملة أنّ الغرض هو إزالة ملك الكافر وهذا لا يحصل إلّا ببيعه من المسلمين فقط ، فهذه الرواية لا تدلّ على المطلوب أيضاً .

وبعبارة أُخرى : أنّ الشارع قد حرّم بيع العبد المسلم من الكافر وأوجب إزالة ملكه عنه ، وغرض أمير المؤمنين (عليه السلام) العمل بذلك الوجوب ، وهذا لا يحصل إلّا ببيعه من المسلمين لأنّ بيعه من الكافر حرام ومعه كيف يمكن للأمير (عليه السلام) أن يرخّص في بيعه من الكفّار ، فالتخصيص بالمسلمين من أجل أنّ بيعه من الكافر حرام لا أنّ الكافر لا يملك المسلم على تقدير بيعه أيضاً .

وأمّا الاستدلال على عدم تملّك الكافر للعبد المسلم بقوله تعالى ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللهُ

---

(١) تقدّم مصدره آنفاً .

﴿لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾(١) فمع أنّ عنوان السبيل لا يصدق على مجرد إنشاء البيع والملكية الاعتبارية من دون استيلاء خارجي ، ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنّ باب المناقشة في الاستدلال بها واسع .

أمّا أوّلاً : فلأنّ الظاهر من الآية أنّ علّة الحكم فيها إنّما هي علوّ مرتبة الإسلام وخساسة الكفر ، فالكفر والإيمان تمام الموضوع في نفي السبيل ولسانها آبٍ عن التخصيص خصوصاً بملاحظة تصديرها بـ ﴿لَنْ﴾ وعليه فلابدّ من حملها على معنى لا يتحقّق فيه التخصيص ، إذ لو حملناها على إرادة الملك للزم تخصيصها بموارد شتّى مع أنّ لسانها آبٍ عن ذلك جدّاً وذلك لكثرة الموارد التي جاز بيع العبد المسلم من الكافر وتملّك الكافر له ولو آناً ما فمنها ما إذا كان العبد ممّن ينعتق على الكافر كما إذا كان ولده أو أباه ، ومنها ما إذا مات الكافر وانتقلت تركته إلى وارثه الكافر ومن جملتها العبد المسلم وغير ذلك من الموارد .

وأمّا ثانياً(٣): فلأنّ صدر الآية وهو قوله ﴿فَاللهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ قرينة على أنّ المراد عدم جعل السبيل للكافرين على المؤمنين في الآخرة لا في غيرها ، ولو كان المراد نفي السبيل في هذه النشأة لم يرتبط صدر الآية بذيلها ويشهد لذلك أيضاً ما نشاهده بالعيان من تسلّط الكفّار على المسلمين في الخارج في جميع الأزمنة بحسب التكوين ، فلا محالة تحمل الآية على إرادة نفي جعل السبيل في الآخرة .

وأمّا ثالثاً : فلأنّ الآية على تقدير ظهورها في الملكية أيضاً لابدّ من رفع اليد

---

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٨٤ .

(٣) [وقد أدمجه في المكاسب ٣ : ٥٨٤ في الجواب الأوّل] .

عنه لما ورد في تفسيرها من الأخبار وقد فسّرتها بنفي الحجّة للكفّار على المؤمنين وقد ورد عن أبي الحسن (عليه السلام)[١] أنه ردّ من توهّم أنّ الحسين (عليه السلام) لم يقتل بيد الملعون يزيد بن معاوية عليهما اللعنة والعذاب مستدلاًّ بقوله تعالى: **﴿لَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾** وقال (عليه السلام) ليس المراد بالسبيل هو تسلّط الكفّار على المسلمين لأنه أمر قد وقع على من هو أشرف من الحسين (عليه السلام) وهو أمير المؤمنين والحسن (عليهما السلام) حيث قتلهما الكفّار بل قد قتل كثير من الأنبياء العظام بأيدي الكافرين كما أخبر به سبحانه في كتابه[٢]، وإنّما المراد بالسبيل هو الحجّة لأنه تعالى لم يجعل للكافرين حجّة على المسلمين، وعليه فمعنى السبيل هو الحجّة لا الملكية، ودعوى أنّ الحجّة تعمّ الملكية أيضاً وتشمل الاستيلاء لا تخلو عن تكلّف، هذا.

ولا يخفى أنه وردت روايات كثيرة في أنّ تفسير الآيات بشيء في أخبار التفسير إنّما هو بمعنى أنّ المعنى المفسّر به مصداق من مصاديق معنى الآية لا أنّ معناها منحصر بما ورد التفسير به في الأخبار، وعلّل ذلك بأنّ القرآن يجري كما يجري الشمس والقمر وليست آياته مختصّة بمورد خاص وإلّا للزم انتفاؤه بانتفاء موردها لأنّها حينئذ قضايا في وقائع قد انقضت، وقد نقلت هذه الأخبار في مقدّمة تفسير البرهان فراجع[٣] وعليه فلا ينافي تفسير السبيل بالحجّة شمول السبيل للملكية أيضاً لعدم انحصار معناه في الحجّية كما لا يخفى، هذا.

ثمّ أورد عليه بقوله: وثالثة: بأنّ معنى الآية على تقدير كونه هو الملكية

---

(١) عيون أخبار الرضا (عليه السلام) ٢ : ٢٠٣ / ب٤٦ ح٥، البحار ٤٤ : ٢٧١ الحديث ٤.

(٢) البقرة ٢ : ٩١، آل عمران ٣ : ٢١.

(٣) تفسير البرهان (المقدّمة) : ٤ ـ ٥.

متعارض بقوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وغيره من أدلّة البيع لأنّها تقتضي صحة بيع الكافر وشرائه للعبد المسلم والآية تقتضي بطلانها ، فلا محالة تسقط الآية عن الاستدلال بها على عدم الجواز ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الآية إنّما تعارض أدلّة البيع بنحو العموم من وجه فيتعارضان في بيع العبد المسلم وبعد تساقطهما عن الاعتبار فلابدّ من المراجعة إلى ما يقتضيه الأصل في موارد المعارضة ومقتضى الأصل في المعاملات هو الفساد فيحتاج صحة بيع العبد المسلم بعد ذلك إلى دليل آخر يدلّ على صحته وهو مفقود .

نعم يمكن أن يقال إنّ الآية تعارض ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ تعارض الاطلاق مع العام ، وحينئذ فلا إشكال في تقدّم العام عليه فيتمّ كلام الشيخ حينئذ ولا يحتاج إلى دليل الصحة في بيع العبد المسلم من الكافر لكفاية عموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

وأورد عليه رابعاً : بأنّ مقتضى استصحاب الصحة فيما إذا كان المشتري مسبوقاً بالإسلام صحة بيع العبد المسلم من الكافر ، لأنّ بيعه منه حين كونه مسلماً كان صحيحاً والآن كما كان ، وكذا فيما إذا كان العبد كافراً ثمّ أسلم فإنّ بيعه حال كونه كافراً من الكافر صحيح فنستصحب الصحة إلى زمان إسلامه ، وإذا أثبتنا صحة بيع العبد المسلم في مورد فنثبت صحته في غيره من الموارد بعدم القول بالفصل ، ثم ذكر (قدّس سرّه) أنّ استصحاب الصحة لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد لتقدّمه عليها ، هذا .

ولكن الاستدلال من أوّله إلى آخره لم يكن مترقّباً منه (قدّس سرّه) وذلك أمّا أوّلاً : فلأنّه مبني على صحة الاستصحاب التعليقي ، وذلك لأنّ الاستصحاب في

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

المقام تعليقي لعدم وجود بيع في الخارج وإنّما نقول لو كان العبد المسلم بيع للكافر قبل ارتداده لكان صحيحاً أو لو بيع العبد الكافر قبل إسلامه من الكافر لكان جائزاً وقد عرفت أنّ الاستصحاب التعليقي لا أساس له ، هذا مضافاً إلى أنّ الاستصحاب في الأحكام الكلّية غير جارٍ من رأسه ، هذا كلّه أوّلاً .

وأمّا ثانياً : فلأنّ عدم القول بالفصل في الأحكام الظاهرية لا معنى له ، وإنّما يدعى ذلك فيما إذا ورد دليل وأثبت الحكم الواقعي في مورد وحينئذ يمكن التعدّي منه إلى سائر الموارد بعدم القول بالفصل ، وأمّا الأحكام الظاهرية فلا معنى لعدم القول بالفصل فيها لأنّها تابعة لتحقّق موضوعاتها ، والملازمة بين الموردين من حيث الحكم الواقعي لا يستتبع اتّحادهما من حيث الحكم الظاهري أيضاً ، مثلاً إذا علمنا باتّحاد ماءين من حيث الطهارة والنجاسة بحسب الواقع وكان أحدهما مستصحب الطهارة والآخر مستصحب النجاسة حكمنا في كل منهما بما يقتضيه الاستصحاب الجاري فيه لا محالة فنقول بطهارة أحدهما ونجاسة الآخر ظاهراً وإن علمنا إجمالاً بمخالفة أحد الحكمين للواقع .

وأمّا ثالثاً : فلأنّ أصالة الصحة إذا جرت في مورد جرى فيه استصحاب الفساد أيضاً ، حُكم بتقدّم أصالة الصحة على استصحاب الفساد وإلّا لم يبق لها مورد أصلاً لمكان وجود استصحاب الفساد في جميع موارد أصالة الصحة ، وأمّا إذا جرى استصحاب الصحة في مورد وجرى استصحاب الفساد في مورد آخر وأمكن التعدّي من كل من الموردين إلى المورد الآخر بعدم القول بالفصل ، فلا وجه لحكومة أحدهما على الآخر بل يتعارضان ويتساقطان ، فما نحن فيه ليس من صغريات تقدّم أصالة الصحة على استصحاب الفساد بل من موارد تعارض الاستصحابين .

وأمّا رابعاً : فلأنّ استصحاب الصحة من أساسه غير جارٍ لعدم بقاء موضوعه ، إذ الإسلام والكفر من الحالات المقوّمة بنظر العرف فالموضوع غير باقٍ

حتّى يجري استصحاب الصحة في المقام ، فالمتحصّل من جميع ذلك أنّ بيع العبد المسلم من الكافر لا دليل على فساده إلّا التسالم والاجماع على تقدير تماميته . وأمّا الاستدلال بقوله « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »(١) ففيه : أنه إنّما يدلّ على أنّ الإسلام يعلو على غيره لوضوح برهانه واستقامة طريقه ، لا أنّ المسلمين يعلون على غيرهم ، على أنه ضعيف السند .

ثمّ إنّ هذا كلّه في البيع ، وهل الاجارة أو الهبة أو العارية أو الوديعة وغيرها من المعاملات في حكم البيع ، وعلى تقدير عدم صحته فهل يحكم بعدم صحة تلك المعاملات أيضاً أو لا ؟

أمّا الهبة فالظاهر أنها بحكم البيع فإذا منعنا عن البيع من أجل أنه سبيل للكافر على المسلم فالهبة أيضاً توجب سلطنة الكافر عليه فيكون حكمها حكمه في البطلان .

وأمّا الاجارة ولواحقها فلابدّ من ملاحظة أنّ أيّها يوجب سلطنة الكافر على المسلم وأيّها لا توجبها ، أمّا الاجارة فان استلزمت سلطة الكافر عليه كما في خدّام الحكومة وغيرها حيث إنّهم يتحرّكون بأمر من يخدمونه ، فلابدّ من الحكم بعدم صحتها لأنّها توجب السبيل للكافر على المسلم ، وأمّا إذا كانت بنحو الخياطة للغير الذي هو من قبيل تقبّل العمل في ذمّته كالدين من دون أن يكون الخيّاط تحت سلطة الكافر أو غيره من المستأجرين فلا ينبغي الإشكال في صحتها ، وهذا من دون فرق بين العبد المسلم وغير العبد لأنّ سبيل الكافر على المسلم غير صحيح ، ومن أجل ذلك لا مانع من الاستدانة من الكفّار لأنّها توجب اشتغال ذمّة المسلم للكافر من دون استلزامها سلطنة الكافر عليه .

---

(١) الوسائل ٢٦ : ١٤ / أبواب موانع الارث ب١ ح١١ .

وأمّا العارية أو الوديعة فالظاهر أنّهما لا توجبان سلطنة الكافر عليه ويعبّر عن العارية بتمليك الانتفاع كما يعبّر عن الاجارة بتمليك المنفعة، وتمليك الانتفاع لا يوجب سلطة الكافر عليه، والوديعة ليست إلّا جعل الكافر محافظاً له وهو لا يوجب السبيل، وأمّا جعل العبد المسلم متعلّقاً لحقّ الرهانة بجعله رهناً ووثيقة للدَين بحيث يجوز للكافر بيعه عند عدم وصول ماله إليه فهو أيضاً لا يوجب السبيل ولا مانع منه بوجه، هذا كلّه بناء على تمامية دلالة الآية على حرمة البيع وفساده ولكنّك عرفت أنّ الآية لا دلالة فيها على بطلان بيع العبد المسلم ولا على عدم جواز سلطنة الكافر عليه، وإنّما هي تنفي السبيل في المستقبل، لأنّ ﴿لَنْ﴾ لنفي المستقبل وأنّ الكافر لا يتسلّط على المسلم يوم القيامة، وعليه فلا إشكال في صحة شيء من المعاملات المذكورة أبداً.

ثم إنه يقع الكلام بعد ذلك في تعيين الكافر وأنه عبارة عمّن حكم بنجاسته وإن انتحل الإسلام كالنواصب والغلاة، أو أنه يختص بمن أنكر الاُلوهية والنبوّة فقط ولا يشمل من انتحل الإسلام، بعد التسالم ظاهراً على عدم شموله للعامّة بوجه فلذا يجوز بيع العبد المسلم من السنّي بلا خلاف.

وكذا الكلام في المسلم فهل المراد منه هو من اعترف بالأئمّة الاثنى عشر، أو المراد به مطلق من اعترف بالوحدانية والنبوّة وإن لم يكن معتقداً بالأئمّة (عليهم السلام)؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ولو انتحل الإسلام كالنواصب والغلاة والمرتدّ، واستشهد بما حكي عن

---

(١) المكاسب ٣: ٥٩٠، راجع الهامش أيضاً.

الحنفيّة من أنّهم استدلّوا بالآية المباركة ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللهُ﴾ الخ[1] على بينونة الزوجة عن زوجها بالارتداد ، فيكون الارتداد أيضاً من أحد أسباب الكفر المانع عن جواز بيع العبد المسلم منه ، هذا .

ولا يخفى أنّ الحنفية لا موقع لكلامهم ولا لأنفسهم حتّى يستشهد بكلامهم في استنباط الأحكام الشرعية . ثم إنّ استدلالهم ممّا لا وجه له ، لأنّ المرتدّ وإن حكمنا ببينونة زوجته عنه إلّا أنه لأجل الأخبار[2] وغيرها من أدلّته وليس الوجه فيه منحصراً بالآية .

ثمّ إنّ الممنوع عن بيع العبد المسلم منه إنّما هو الكافر لا من حكم بنجاسته والكفر يجتمع مع الطهارة أيضاً وهذا كما إذا قلنا بطهارة أهل الكتاب فإنّهم محكومون بالكفر مع الحكم بطهارتهم فبيع العبد المسلم منهم غير صحيح ، كما أنه لا ينبغي الإشكال في جواز بيعه من النواصب والغلاة مع الحكم بنجاسة النواصب قطعاً والغلاة على كلام فيه وذلك لعدم صدق الكافر عليهم ، إذ الكافر المذكور في الآيات القرآنية هو من أنكر التوحيد أو الاُلوهية أو الرسالة أو غيرهما من ضروريات الدين ، والناصب غير منكر للتوحيد والرسالة وإن كان أنجس من الكلب وأخبث من اليهودي والنصراني كما في الأخبار[3] إلّا أنّ النجاسة حكم والكفر مطلب آخر ، وعليه فلا وجه لجعل المناط في عدم جواز بيع العبد هو النجاسة بل الميزان هو الكفر سواء حكم عليه بالنجاسة كالنواصب أو بالطهارة كما في أهل الكتاب على القول بطهارتهم .

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

(٢) الوسائل ٢٢ : ١٦٨ / أبواب أقسام الطلاق ب ٣٠ .

(٣) الوسائل ١ : ٢١٩ / أبواب الماء المضاف ب١١ ح ٤ ، ٥ .

ثمّ إنّ إدخال المرتدّ في الحكم بعدم جواز بيع العبد المسلم منه لا يتوقّف على تفسير الكافر بمن حكم عليه بالنجاسة ، لأنّ المرتدّ كافر حقيقة سواء فسّرنا الكافر بمن حكم عليه بالنجاسة أم فسّرناه بغيره ، فلا وجه لما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ إدخال المرتدّ في ذلك فرع تفسير الكافر بمن حكم بنجاسته . فتحصّل أنّ المناط في المقام هو الكفر وأنّ بيع العبد المسلم من الكافر غير صحيح .

وأمّا ولد الكافر أو المجنون فهل يلحقان بالكافر أو أنّ بيع العبد المسلم من أولاد الكافر لا مانع منه لعدم كونهم مكلّفين ؟ الظاهر أنّ أولاد الكافر كافرون في الحقيقة كما أنّ أولاد اليهودي أو النصراني يهود أو نصارى حقيقة لانكارهم التوحيد أو الاُلوهية أو اعترافهم بعدم نبيّ بعد موسى أو عيسى (عليهما السلام) فلا يجوز بيع العبد المسلم من أولادهم أيضاً ، لكن ذلك فيما إذا كانوا مميّزين وأمّا إذا لم يكن ولد الكافر مميّزاً في ذلك ولم يعرف شيئاً من الانكار أو الاقرار فهو أيضاً ملحق بالقسم الأول لعدم القول بالفصل في أولاد الكافر .

ثم إنّ ما ذكرناه من كفر أولاد الكفّار المميّزين لا ينافي عدم التكليف في حقّهم ، إذ لا منافاة بين الكفر وعدم العقاب عليه لعدم التكليف .

وأمّا المجنون فهو تارة مسبوق بالكفر والتهوّد والتنصّر واُخرى مجنون من الابتداء ، والظاهر صدق عنوان الكفر والتهوّد والتنصّر على القسم الأول لاعتقاده بما اعتقد به أهل ملّته ومذهبه ، وهذا بخلاف القسم الثاني إلّا أنّ الحكم يثبت في حقّهم بعدم القول بالفصل ، هذا كلّه في طرف المشتري للعبد المسلم .

وأمّا المسلم والمؤمن فلا ينبغي الإشكال في عدم اختصاصه بالشيعة ، إذ المراد بالمؤمن في الآيات هو من آمن بالله ورسوله ، نعم المراد بالمؤمن في الأخبار والروايات هو من آمن بالولاية ، فلا يختص الحكم بالشيعي بل يعم السنّي أيضاً

لأنّهم أيضاً محكومون بالإسلام ومؤمنون بالتوحيد والرسالة .

وهل يختص ذلك بمن آمن بهما حقيقة أو يشمل المنافق أيضاً لأنه يظهر الاقرار بهما وإن علمنا بعدم اعتقاده بهما حقيقة كما في كثير ممّن أسلم في صدر الإسلام لأنه إنّما أقرّ بهما خوفاً من السيف والسيف لا يوجد الاعتقاد ، وكيف كان فهل يشمل المؤمن ما إذا علمنا بعدم اعتقاد أحد بشيء من التوحيد والرسالة ولكنّه أظهر الإسلام خوفاً أو طمعاً أو لا يشمله ؟ الظاهر عدم الشمول ، لأنّ المؤمن إنّما يذكر في القرآن في مقابل المنافق والإسلام في مقابل الكفر فالمنافق لا يشمله المؤمن ، نعم لو كان المذكور في الآية لفظة المسلم لكان يشمل المنافق أيضاً ، إلّا أنّ المذكور هو المؤمن والمنافق لا إيمان له حقيقة ، فلا مانع من بيع المنافق للكافر .

ثم إنّ أولاد المسلم أيضاً محكومون بالإسلام حقيقة فيما إذا كانوا مميّزين ومعترفين بالشهادتين ، وأمّا غير المميّز فهو أيضاً يلحق بالقسم الأول لعدم القول بالفصل .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ المراد بالمؤمن هو المؤمن الظاهري لا الواقعي فالمنافق أيضاً داخل تحت المؤمن لقوله تعالى ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾(٢) فإنّ ظاهرها أنّ الايمان على قسمين قسم يدخل في القلب وقسم آخر كان في خارج القلب ، فالإسلام والايمان بمعنى واحد ، ففيه : أنّ معنى قوله ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ هو أنّهم غير مؤمنين لأنّ وعاء الإيمان هو القلب وهو لمّا يدخل في قلوبهم فهم ليسوا بمؤمنين ، لا أنّ الايمان في ظاهرهم وهذا نظير ما إذا قلنا إنّ الترحّم لا يدخل في قلبك فإنّ معناه أنّك لا ترحّم فيك لأنّ

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٠ .

(٢) الحجرات ٤٩ : ١٤ .

ظرفه القلب وهو خالٍ عنه ، لا أنّ الترحّم في ظاهره ، ونظيره ما إذا قلنا إنّ العلم لا يدخل في قلبك فإنّ معناه أنّك لست بعالم لا أنّ العلم في ظاهرك وذلك ظاهر .

ثم إنه قد استثني من عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر موارد .

الأول : فيما إذا كان العبد ممّن ينعتق على الكافر واقعاً وهذا كما إذا كان العبد من أقربائه نظير الأب أو الابن وهكذا ، والوجه في استثناء ذلك ظاهر وهو عدم شمول أدلّة المنع له ، لأنّ الدليل على المنع إن كان هو الاجماع فلا إجماع على البطلان في هذه الصورة بل قد أجمع على صحة البيع في هذه الصورة ، وإن كان الدليل هو الروايات الواردة[1] في أنّ العبد المسلم لا يقرّ على ملك الكافر ، فهي أيضاً إمّا غير شاملة لهذه الصورة حقيقة أو أنّها منصرفة عنها يقيناً ، إذ المفروض أنه بمجرد الشراء ينعتق عليه ولا يقرّ على ملكه أبداً ، وإن كان الدليل هو الآية المباركة المتضمّنة نفي السبيل على المؤمنين من الكافرين فهي أيضاً لا تشمل المقام لأنّ مجرد الشراء لا يوجب السبيل بعد فرض أنه ينعتق عليه قهراً ، هذا .

وربما يقال كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] أنّ الشراء وإن كان لا يوجب السبيل إلّا أنّ شراء الكافر يوجب المنّة على المسلم إذ لو لم يشتره لما كان العبد منعتقاً . ويدفعه : أنّ ذلك على كلّيته غير صحيح لأنّ الكافر ربما لا يلتفت إلى أنّ شراء الأقرباء يوجب انعتاقهم عليه شرعاً أو لا يلتفت إلى أنّ العبد من أقربائه لينعتق عليه قهراً ، نعم ربما يلتفت إلى الحكم والموضوع ويوجب شراؤه المنّة عليه إلّا أنه لا دليل على نفي المنّة من الكافر على المسلم وإنّما المنفي هو السبيل وهو أمر آخر غير المنّة ، ولأجل ذلك جاز الاستدانة من الكافر والاستيهاب منه أو قبول

(١) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٢٨ ح١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٩٣ .

هداياه مع أنّ الكل يستلزم المنّة كما هو واضح ، هذا كلّه فيما إذا انعتق العبد عليه واقعاً .

الثاني : إذا كان الانعتاق ظاهرياً وهذا كما إذا أقرّ الكافر بأنّ العبد من أقربائه أو أنه حرّ ونحن لا نعلم صدقه فهو على قسمين : وذلك لأنّ الشراء على فرض صدق المعترف في اعترافه ربما يكون في حدّ نفسه صحيحاً وموجباً للانتقال ، واُخرى يكون باطلاً وغير موجب للانتقال ، والأول كما في المثال الأول والثاني كما في الثاني .

أمّا الأول : فلا إشكال في صحّة البيع حينئذ ، لأنّ المانع من صحته ليس إلّا استلزامه السبيل على المسلم وهو منتفٍ ، لأنّ المقر مأخوذ باقراره وقد اعترف بأنه ينعتق عليه قهراً فلا سبيل والبيع صحيح .

وأمّا الثاني : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنه ربما يشكل بالعلم بفساد البيع على تقديري صدق المعترف وكذبه ، وذلك لأنه على تقدير صدق الاعتراف حرّ وهو لا ينتقل إلى الغير ولا يدخل في ملك أحد ، وعلى تقدير كذبه عبد مسلم لا ينتقل إلى الكافر ، فلا يتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقر بحريّته إلّا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الاجمالي ثم أمر بالتأمّل ، هذا .

والظاهر أنه أشار بذلك إلى تفصيل صاحب الحدائق[2] في تنجيز العلم الاجمالي حيث ذكر أنه إنّما يوجب التنجيز فيما إذا كان الحكم في كل واحد من الطرفين من سنخ واحد وكان لهما جامع حقيقي وذلك كالعلم بنجاسة هذا الكأس أو ذاك الكأس فإنّ الجامع بينهما وهو النجس مأمور بالاجتناب عنه على أي تقدير

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٣ ـ ٥٩٤ .

(٢) الحدائق ١ : ٥١٧ .

وأمّا إذا كان الحكم فيهما من سنخين ولم يكن بينهما جامع حقيقي كما إذا كان العلم الاجمالي متعلّقاً بنجاسة الكأس الشرقي أو بغصبية الكأس الغربي فلا يكون العلم الاجمالي منجّزاً لأنّ الجامع أمر انتزاعي ولا جامع حقيقي بينهما ، وليس شيء منهما معلوماً تفصيلاً بل كل واحد منهما محتمل ، وقد ذكر ذلك شيخنا الأنصاري في الرسائل[١] وردّه بأنّ العقل لا يفرّق بينهما ، وفي المقام العلم الاجمالي إنّما تعلّق بأنّ العبد إمّا حرّ أو يحرم بيعه من الكافر وأحدهما أجنبي عن الآخر ولا جامع بينهما هذا .

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ العلم الاجمالي في المقام قد تولّد منه العلم التفصيلي ببطلان المعاملة ، لأنّا نعلم أنّ بيع هذا العبد باطل إمّا لأنه حر وإمّا لحرمة بيعه من الكافر ، وما ذكره صاحب الحدائق من التفصيل لو صحّ إنّما يصحّ فيما إذا كان هناك طرفان وفرض أنّا لم نقل بتنجّز العلم حينئذ ، وأمّا إذا كان الطرف واحداً فلا محالة يتولّد علم تفصيلي ببطلان المعاملة .

وكيف كان فقد أجاب عن ذلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] بأنّ العلم الاجمالي إنّما كان يؤثر في بطلان المعاملة فيما إذا ثبتت حرمة بيع العبد المسلم من الكافر بالروايات أو بغيرها من الأدلّة ، وحينئذ يمكن أن يقال إنّا نعلم ببطلان المعاملة تفصيلاً إلّا أنّ حرمته لم تثبت إلّا من جهة أنه يوجب السبيل ، فإذا فرضنا أنّ البيع بحيث لا يوجب سبيلاً له على المسلم فلا وجه لبطلان المعاملة حينئذ والمفروض في المقام أنّ البيع لا يوجب السبيل لإقرار الكافر بحرّيته ، وبعد ذلك لا وجه للعلم التفصيلي بالبطلان بل نحتمل كذبه في اعترافه وكونه عبداً في الواقع ، فبيعه

---

(١) فرائد الأُصول ٢ : ٤١٦ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٥٢ .

صحيح ولا سبيل للكافر عليه أيضاً . وما أفاده (قدّس سرّه) هو الصحيح .

المورد الثالث من موارد الاستثناء : ما إذا أمر الكافر أحداً بأن يعتق عبده من قبله ، وقد ذكروا أنّ عتقه من قبل الكافر يستلزم دخول العبد في ملك الكافر بآن لا يقبل غير العتق ولكنّه لا مانع منه لأنه لا يستلزم السبيل ، هذا كلّه بناءً على أنّ العتق من قبله يستلزم دخوله في ملك الآمر ، وأمّا إذا قلنا إنه لا يستلزم الدخول في ملكه حقيقة وإنّما هو ملك فرضي تقديري ، أو أنه لا يستلزم الدخول في ملكه أصلاً لا حقيقة ولا تقديراً بل يصح أن يعتقه من قبل الكافر ثم يأخذ قيمته من الكافر لأنه من لوازم أمره به نظير أمرنا الحلّاق بحلق رأسنا فإنّ الأمر بعمل محترم يستلزم ضمانه بقيمته ، ونظير ما إذا أمرنا الخبّاز بأن يعطي كذا مقداراً من الخبز لفلان فإنه يوجب الضمان بقيمة الخبز وإن لم يدخل الخبز في ملكنا ، وأظهر من ذلك ما إذا أعتق عبده من قبل ميّت فإنّ الالتزام بأنه دخل في ملك الميّت ثمّ انعتق مشكل جدّاً ، وعليه فلا تكون هذه الصورة من صور الاستثناء كما لا يخفى .

المورد الرابع من الموارد المستثناة عن عدم جواز بيع المسلم من الكافر : ما لو اشترط البائع على المشتري الكافر عتق العبد بعد الانتقال إليه ، وقد حكي عن جماعة في هذا المورد جواز البيع من الكافر بشرط العتق ، وقد تنظّر فيه الشيخ الأنصاري (رحمه الله)(١) من جهة كون الملكية قبل الاعتاق القابلة للاستقرار في نفسها سبيلاً ، وبديهي أنّ جواز البيع في المقام لو كان من باب عدم لزوم البيع وتزلزله فلابدّ من الالتزام بجواز البيع في جميع الموارد التي لا يكون الخيار فيه مسقطاً بالاسقاط ، ضرورة أنّ البيع في كثير من الموارد متزلزل لثبوت خيار كخيار المجلس والحيوان وغير ذلك من الخيارات الموجبة لجواز البيع ، ويترتّب عليه صحّة

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٤ .

جميع العقود الجائزة من الهبة ونحوها من كافر ، وهو كما ترى .

وإن كان جواز البيع في المقام من جهة أنّ البائع يلزم الكافر بعتق العبد فيلزم جواز البيع في غير موارد الشرط أيضاً لكون الكافر ملزماً ببيع العبد المسلم بالزام الحاكم .

وكيف كان ، أنّ الحقّ عدم جواز البيع في هذا المقام كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) وملخّصه : أنه لا فرق بين المقام وبين إجباره على بيعه في عدم انتفاء السبيل بمجرد الشرط ، هذا كلّه في الملك الاختياري .

ويقع الكلام في الملك غير الاختياري مثل الارث ، وهل يلحق هذا بالملك الاختياري أم لا ؟ فإن كان الدليل على عدم جواز البيع في الاختياري الاجماع فلا مانع من جواز إرث الكافر العبد المسلم غاية الأمر يكون ملزماً على بيعه من قبل الشارع ، بل ادّعي الاجماع على الجواز في الارث .

وإن كان الدليل الروايات الواردة في عدم استقرار ملك الكافر للعبد المسلم كما في قوله (عليه السلام) « ولا تقرّوه عنده »[1] فهو أيضاً لا يمنع من تملّك الكافر العبد المسلم ابتداءً بارث ونحوه وغاية الأمر يلزم على بيعه .

وأمّا لو كان الدليل عليه الآية الشريفة[2] وقلنا بكون التملّك سبيلاً من الكافر على المؤمن ، فعليه إن قلنا بحكومة الآية على أدلّة الارث فعدم الملك ظاهر وأمّا لو قلنا بعدم الحكومة كما كان كذلك في البيع فيقع التعارض بين الآية الشريفة وأدلّة الارث ، فلابدّ من الرجوع إلى الأصل الموجود في المقام .

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٢٨ ح١ .

(٢) النساء ٤ : ١٤١ .

وللميرزا (قدّس سرّه)[١] في المقام كلام يريد به أن يفرّق بين الارث والبيع وأنّ أحدهما لا يقاس بالآخر بتقريب أنّ البيع عبارة عن التبديل بين المالين مع حفظ المالكين وتوضيح ذلك : أنّ الملكية بين المالك والمملوك لمّا كانت كالخيط المشدود أحد طرفيه بالمالك والآخر بالمملوك وعند البيع يفتح الخيط من طرف المملوك ويشد إلى الثمن ، وأمّا طرف المالك فهو باقٍ على حاله ، والملكية الحاصلة بين المشتري والمثمن ملكية حادثة لم تكن له بخلاف الارث لأنه ليس إلّا تبدّلاً من طرف المالك ، وأمّا الملكية فهي باقية على حالها ، فعليه لا مانع من الارث لعدم كونه إحداث ملك حتّى يكون مشمولاً لآية نفي السبيل ليقع التعارض ، بل هي ملكية كانت موجودة قبلاً غاية الأمر قد تبدّل المالك فيلزم على بيعه .

ولكنّه لا يخفى ما فيه ، بداهة أنّ الملكية من الأُمور التي تكون قائمة بالطرفين ولا يعقل بقاؤها مع انتفاء أحد طرفيها فعليه توجد وتحدث ملكية جديدة للوارث . وبعبارة واضحة أنّ الملكية الحاصلة للوارث ملكية جديدة غير الملكية التي كانت للمورّث ، فما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) هو المتين .

وكيف كان ، فبعد التعارض لابدّ من الرجوع إلى الأصل الموجود في المقام وقد ذكر الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الأصل في المقام عبارة عن أصالة بقاء رقّية العبد ، ولكنّه لا يثبت بذلك تملّك الكافر بل يرثه الإمام (عليه السلام) لأنه مقتضى الجمع بين أصالة عدم تملّك الوارث الكافر وبين أصالة بقاء رقّية العبد .

وقد أُورد[٢] على الشيخ (قدّس سرّه) بأمرين : أحدهما أنّ جريان الأصل في طرف بقاء رقّية العبد مبني على جريان الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٥٤ ـ ٢٥٦ .

(٢) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٢ : ٤٦٩ .

استصحاب الكلّي، بداهة أنّ الرقّية التي كانت ثابتة للمورّث قد فاتت بموت المورّث قطعاً، ولو كان في المقام رقّية للوارث فهي رقّية أُخرى، فاثبات رقّية العبد الكذائي بعد موت المورّث باستصحاب بقاء كلّي الرقّية من باب جريان استصحاب الكلّي في القسم الثالث منه، وقد حقّق في موطنه عدم جريان الاستصحاب فيه.

وفيه: أنّ مراد الشيخ (قدّس سرّه) من أصالة بقاء الرقّية أصالة عدم كونه حرّاً وليس هذا متوقّفاً على وجود الطرف، ومن هنا لو شككنا في خروج المال عن كونه مملوكاً بعد موت المالك استصحبنا عدمه وإن فرضنا عدم وجود أيّ مالك في العالم، بل لا نحتاج إلى استصحاب الرقّية أصلاً، وذلك للعلم الوجداني ببقاء العبد في ملك مالكه إلى زمان موته، فهو داخل في عنوان ما تركه الميّت فإذا استصحبنا عدم انتقاله إلى الوارث يتمّ به موضوع الانتقال إلى الإمام (عليه السلام) من دون حاجة إلى استصحاب الرقّية.

وثانيهما: أنّ الأصل كما يقتضي أصالة عدم تملّك الوارث كذلك يقتضي عدم تملّك الإمام أيضاً فيتعارضان. وبعبارة أُخرى أنّا نعلم إجمالاً إمّا بعدم تملّك الكافر وإمّا بعدم تملّك الإمام (عليه السلام) ولا مرجّح في البين.

وفيه: أنّ الأمر وإن كان كذلك إلّا أنه لا معارضة بين الأصلين لكونهما طوليين، بداهة أنّ الثاني في طول الأول لأنّا إذا أجرينا أصالة عدم تملّك الوارث الكافر للعبد المسلم وضممنا هذا الأصل إلى موت المورّث الذي نعلم بالوجدان فيكون موضوع إرث الإمام (عليه السلام) متحقّقاً وهو عبارة عن الميّت الذي لا وارث له، وبديهي أنّ هذا يتمّ بضمّ الوجدان إلى الأصل، وما ذكرناه ليس مختصاً بالمقام بل يجري في كثير من الموارد كما إذا شككنا في وجود ولد للميّت فباستصحاب العدم نحكم بكون الارث لغيره من طبقات الورّاث.

ولا يخفى أنّ في تعبير الشيخ في المقام بقوله «إنه إذا نفي إرث الكافر بآية نفي

السبيل كان الميّت بالنسبة إلى هذا المال ممّن لا وارث له » مسامحة ظاهرة ، لأنّ المفروض تعارض الآية بأدلّة الارث . ومع ذلك كلّه الحقّ هو إرث الكافر العبد المسلم لوجود الاتّفاق والتسالم بين الفقهاء (قدّس سرّهم) .

وهل يلحق بالارث كل ملك غير اختياري أو لا يلحق ، أو يفصّل بين ما كان سببه اختيارياً فلا يلحق وما يكون سببه غير اختياري أيضاً فيلحق ؟ واختار الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عدم الالحاق أوّلاً وعلى فرض تسليمه الالحاق فيما إذا كان سببه أيضاً غير اختياري ، ولعمري أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) في غاية المتانة بناءً على ما ذكره من مقتضى القاعدة من أنّ الأصل عدم تملّك الكافر العبد المسلم غاية الأمر خرجنا في الارث لأجل الاتّفاق والتسالم بين الفقهاء (قدّس سرّهم) .

والمراد من الملك غير الاختياري أن يكون كذلك بالنسبة إلى الكافر ، والمراد من سببه غير الاختياري كما إذا تلف المبيع قبل قبضه كما إذا فرضنا أنّ المال الذي جعل في مقابل العبد المسلم تلف قبل قبضه فعليه يرجع العبد إلى ملك الكافر قهراً وكما أنّ الملك قهريّ فسببه الذي يكون عبارة عن التلف قبل القبض أيضاً غير اختياري ، والمراد من الملك غير الاختياري الذي يكون سببه اختيارياً ما إذا كان العقد خيارياً من جهة العيب في العبد أو من جهة الغبن وغير ذلك من أسباب الاختيار ، فبديهي أنّ ملك الكافر العبد المسلم وإن كان غير اختياري إلّا أنّ سببه الذي هو عبارة عن الفسخ اختياري للفاسخ ، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين لأنه تارةً يكون اختيارياً من الطرفين وأُخرى يكون اختيارياً من أحد الطرفين . وكيف كان أنّ ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) هو المتين .

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٦ .

إذا عرفت هذا بقي الكلام في أمرين : **الأول** أنّ متولّي البيع هل هو الكافر أو أنه لا سلطنة له على ذلك والمتولّي عليه هو الحاكم أو المسلمون وأمّا الكافر فهو مسلوب السلطنة ؟ فإن قلنا بمقالة الفخر (قدّس سرّه)[١] من زوال ملك الكافر عن عبده المسلم وليس له إلّا استحقاق أخذ الثمن ، فعدم سلطنة الكافر في غاية الوضوح ، إلّا أنّ هذا في نفسه فاسد كما هو الظاهر لعدم الدليل عليه . مضافاً إلى أنه لو صحّ ذلك أي مقالة زوال ملك الكافر فلا يكون مستحقّاً لأخذ الثمن أيضاً بعد ما لم يكن العبد ملكاً له ، وأيضاً العبد بعد خروجه عن ملك الكافر يكون بلا مالك .

وأمّا لو قلنا بمقالة المشهور من كونه مالكاً غاية الأمر لابدّ له من إزالة ملكه عنه بقاءً، فالحقّ ما ذهب إليه العلّامة الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من كون متولّي البيع هو نفس الكافر وبديهي أنّ الناس مسلّطون على أموالهم ، خرجنا عنه بآية نفي السبيل في خصوص أنه ليس له إبقاء ملكه بل لابدّ له من إزالته ، وتظهر الثمرة فيما إذا أراد الكافر بيعه من شخص خاص أو أراد أن يهبه فبناءً على كون المتولّي هو الكافر فله ذلك وإلّا فلا .

وقد ذكر شيخنا الأُستاذ[٣] في المقام أنّ المتولّي هو المسلمون مستدلاً بقول أمير المؤمنين (عليه السلام) « اذهبوا فبيعوه من المسلمين »[٤] بتقريب أنّ أمره (عليه السلام) المسلمين ببيع العبد المسلم يدلّ على سلب سلطنة الكافر عن بيعه بل المتولّي لابدّ وأن يكون من المسلمين .

---

(١) إيضاح الفوائد ١ : ٤١٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٩٦ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٥٧ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٢٨ ح١ .

وفيه أوّلاً : أنّ أمره (عليه السلام) المسلمين ببيعه إنّما هو بحسب الغالب ، بداهة أنّ الغالب أن لا يكون الكافر راضياً ببيع عبده كما يدلّ عليه قوله (عليه السلام) في ذيل الرواية « ولا تقروه عنده » وأمره (عليه السلام) إرشاد إلى هذا المعنى . **وثانياً :** لو سلّمنا ذلك نقول : إنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) لمّا كان وليّاً وكانت له الولاية على أموال الناس وأنفسهم فيحتمل أن يكون سلب سلطنة الكافر في البيع من باب الولاية في هذا المورد الخاص ، فعليه لا تكون الرواية دالّة على كون المتولّي هو الحاكم أو المسلمون ، وكيف كان أنّ ما ذكره الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) هو المتين .

الثاني : في جواز رجوع العبد المسلم إلى ملك الكافر وعدمه كما إذا كان العقد جائزاً بالعرض أو بالذات كما في المعاطاة بناءً على كونها جائزة . الظاهر عدم الجواز لأنه لا فرق بين إرجاع العبد المسلم إلى الكافر بالخيار إذا كان جواز العقد بالعرض وبالرجوع إذا كان ذاتياً كما في المعاطاة وبين بيعه من الكافر ابتداءً في كونه سبيلاً ، بداهة أنّ ملكيّته في كل من المقامين ملكية جديدة ، وغير خفي أنه بناءً على كون الملكية سبيلاً وبعد فرض دلالة الآية على نفي السبيل الكذائي يكون عدم جواز الفسخ والرجوع في غاية الوضوح ، وما ذكره المحقّق الكركي[1] وغيره من الحكم بثبوت الخيار والردّ بالعيب تبعاً للدروس[2] من جهة أنّ العقد لا يكون خارجاً عن مقتضاه لأجل كون المبيع عبداً مسلماً لكافر ، وأيضاً لو اقتضى نفي السبيل ذلك أي عدم ثبوت الخيار والردّ بالعيب لكان مقتضياً لخروج العبد عن ملك الكافر ابتداءً في غاية البعد بعد ما سَلّم (قدّس سرّه) دلالة الآية الشريفة على ما ذكر في البيع ، بداهة أنه لا فرق بين البيع وبين هذه الموارد في كون الملكية الحاصلة بعد الفسخ والرجوع

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٦٥ .

(٢) الدروس ٣ : ١٩٩ .

ملكية جديدة ومنفيّة بالآية الشريفة .

بقى في المقام شيء ذكره الشافعي[١] ويحتمل أن يكون المقام مبنيّاً عليه : وهو عبارة عمّا ذكروه في المقام وفي غيره من موارد الخيار وفي المعاطاة من أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، وقد ذكروا في باب الخيارات أنه لو كان للملكية السابقة حكم من الأحكام يترتّب عليها بعد الفسخ ذلك الحكم بناءً على كون الزائل كالذي لم يزل ، ولا يترتّب عليها بناءً على كونه كالذي لم يعد ، وأيضاً ذكروا في باب المعاطاة بناءً على كونها جائزة وصيرورتها لازمة بالتصرف ، لو تصرّف أحد المتعاطيين فيما انتقل إليه بعقد جائز ثمّ رجع عن ذلك العقد فعلى الأول يجوز الرجوع لكل واحد من المتعاطيين لأنّ الزائل العائد كالذي لم يزل ، وبناءً على الثاني لا يجوز الرجوع لأنه قد تصرّف في المال بالعقد ، والذي أرجعه بالفسخ هو غير الملكية السابقة فيكون الزائل العائد كالذي لم يعد ، وتطبيقه في المقام أنه لو فرضنا أنّ ملكية العبد المسلم للكافر العائدة من جهة الفسخ أو من جهة الرجوع في المعاطاة تكون ملكيته السابقة بناءً على كون الزائل العائد كالذي لم يزل فلا تشمله الآية الشريفة ، بل لابدّ من الزامه بالبيع بعد العود كما كان كذلك قبل الزوال ، وأمّا بناءً على كون الزائل العائد كالذي لم يعد فليس له ذلك أي الفسخ والرجوع لكونه ملكاً جديداً سبيلاً للكافر على المؤمن .

ولعمري أنه لا يمكن التمسّك لاثبات الحكم الشرعي بمثل هذه الاستحسانات التي بنى العامّة عليها في كثير من الموارد مثل القياس ونحوه وليس لها قيمة . فالتحقيق أنه بناءً على دلالة الآية الشريفة على انتفاء ملك الكافر عن العبد المسلم فلابدّ من الحكم بعدم صحة التملّك مطلقاً إلّا ما خرج بالدليل وهو خصوص الملكية

(١) روضة الطالبين ٣ : ١٣٦ ، ٤ : ١٧٤ ، المجموع ١٢ : ٣٠١ ، ٣٠٤ ، ٣٠٧ .

الباقية بعد إسلام العبد أو كفر المالك ، وحينئذ فيجبر المالك على البيع . وأمّا الملكية الحادثة بعد ذلك فهي مشمولة للآية سواء كان سببها الفسخ أو غيره . فالصحيح على هذا المبنى عدم ثبوت الخيار .

ثم إنّ الشيخ (قدّس سرّه)(١) بعد ما ذكر في المقام أنّ أدلّة نفي السبيل كما تتقدّم على أدلّة البيع كذلك تتقدّم على أدلّة الخيار ، فلا يثبت الخيار لا للمشتري المسلم ولا للبائع الكافر ، نعم قد ثبت الأرش في خيار العيب لكل واحد من البائع والمشتري بالأدلّة الخاصّة ، قد فصّل (قدّس سرّه) في الخيار الذي ثبت بأدلّة لا ضرر بين المشتري المسلم والبائع الكافر وقال (قدّس سرّه) بثبوت الخيار للمسلم المتضرّر من لزوم البيع وعدم الخيار للكافر ولو تضرّر لكون الضرر حاصلاً من قبل نفسه ومن كفره الذي يمنع عن تملّك المسلم ، وإنّما قلنا بتملّكه في الارث لأجل الاتّفاق والتسالم بين الفقهاء (قدّس سرّهم) .

وقد أورد عليه الميرزا (قدّس سرّه)(٢) بأنّ الكفر وإن كان أمراً اختيارياً للكافر ولكنّه مقدّمة إعدادية للضرر لا أنه الموجب للضرر ، فلا يستند الضرر إليه بل إلى لزوم البيع كما إذا فرضنا أنّ أحداً لم يحفظ نفسه من البرد فمرض وصار الوضوء في حقّه ضررياً فهل يمكن أن يقال بأنه لابدّ له من الوضوء لكونه سبباً لتضرّره ، كلّا بل يقال إنّ الوضوء أو حكم الشارع عليه بالوضوء ضرري في حقّه فيرتفع وكم له من نظير ، وفي المقام الضرر ناشٍ من حكم الشارع بلزوم العقد بالنسبة إلى الكافر وهذا الحكم ضرري فيرتفع بأدلّة لا ضرر .

وفيه : أنه فرق بين المقام وبين غيره من الموارد التي ذكرها (قدّس سرّه) وذلك

---

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٧ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٦٠ .

أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم كون المقدّمة الاعدادية موجبة لنسبة الحكم إلى المقدّم وإن كان حقّاً إلّا أنه لا ربط له بالمقام ، لأنّ الشارع لم يحكم بلزوم العقد في المقام بل العقد جائز فعلاً أيضاً غاية الأمر جواز فسخه مقيّد بكون الفاسخ ومن له الخيار مسلماً ، فعدم جواز الفسخ في حال الكفر إنّما هو لأجل فقدان الشرط وهو الذي صار سبباً للضرر لأجل المسامحة في مقدّماته من جهة عدم الإسلام ، فله أن يسلم ويفسخ ، فالضرر لم ينشأ من حكم الشارع بل حصل من قبل نفسه كما عرفت .

وما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من هذه الجهة متين إلّا أنه يرد عليه **أوّلاً** : أنه لا يمكن لنا أن نثبت شيئاً من الخيارات بأدلّة لا ضرر حتّى خيار الغبن الذي استدلّ عليه بتلك الأدلّة ، لأنّ الدليل عليه تخلّف الشرط الضمني الارتكازي كما سيجيء الكلام فيه في باب الخيارات مفصّلاً[1] إن شاء الله تعالى .

وثانياً : لو تنزّلنا عن ذلك ، فإن قلنا بعدم كون آية نفي السبيل حاكمة على أدلّة البيع والخيارات كما ذكر الشيخ (قدّس سرّه) آنفاً بقوله : وحكومة الآية عليها غير معلومة بل تكون الآية متعارضة مع الأدلّة فيتساقطان ، فالمرجع يكون عمومات لزوم البيع أو استصحاب بقاء الملكية ، ويكون دليل لا ضرر مقدّماً عليها لا لأجل قوله بل لأجل كونه حاكماً . وبعبارة أُخرى تقدّم أدلّة لا ضرر في المقام لأجل كونها حاكمة على أدلّة لزوم العقد ولا معنى لتقدّم لا ضرر على آية نفي السبيل لأنّ المفروض سقوط الآية بالتعارض ، بل يتقدّم لا ضرر على أدلّة اللزوم من باب الحكومة ، وأمّا لو قلنا بحكومة آية نفي السبيل على أدلّة البيع والخيارات كما أنّ أدلّة نفي الضرر حاكمة على أدلّة لزوم البيع فيقع التعارض بين الحاكمين ، ولا

---

(١) راجع المجلّد الثالث من هذا الكتاب الصفحة ٢٧٨ .

وجه لتقدّم أدلّة لا ضرر على آية نفي السبيل ، أمّا من حيث السند فبديهي أنّ الآية مقطوعة الصدور دون لا ضرر ، وأمّا بالنسبة إلى الدلالة فهما متساويان في الدلالة فيكونان متعارضين ، فلا جرم تصل النوبة إلى الأصل الموجود في المقام من استصحاب بقاء الملكية ونحوه ، فما ذكره (قدّس سرّه) لا يمكن المساعدة عليه .

وقد وقع في المقام توهّم ولعلّ أوّل من أبداه هو العلّامة (قدّس سرّه) في القواعد[1] وهو أنه لا مانع من القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً غاية الأمر يرجع إلى بدل العبد المسلم ، بداهة أنّ غاية ما ثبت من آية نفي السبيل عدم جواز رجوع العبد المسلم إلى ملك الكافر لكونه سبيلاً ، وأمّا بدله من القيمة فلا ، وقد تنظّر الشيخ (قدّس سرّه) في ذلك وقال إنّ هذا حسن لو لم يكن مجرد استحقاق القيمة سبيلاً على المسلم من الكافر وأيّد (قدّس سرّه) عدم الخيار بما حكم الفقهاء (قدّس سرّهم) به من سقوط الخيار في من ينعتق على المشتري .

ولا يخفى أنّ وهن ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) غنيّ عن البيان ، أمّا وهن ما ذكره من مقالة تحقّق السبيل بمجرد الاستحقاق فظاهر ، لأنّ مجرد استحقاق القيمة لا يكون سبيلاً عرفاً ، لأنه نظير استحقاق الكافر الثمن أو الأُجرة فيما إذا باع شيئاً أو آجر نفسه لعمل .

وأمّا حكم الفقهاء (قدّس سرّهم) بسقوط الخيار في من ينعتق على المشتري فغير مستند إلى دعوى أنه سبيل ، بل السرّ في ذلك أنّ الفسخ بمعنى حلّ العقد ورجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول وليس في ذلك الرجوع إلى البدل نعم إذا كان أحد العوضين تالفاً أو بحكم التالف اعتبر بحسب البقاء أيضاً ملكاً لمالكه وقد تلف في يد الآخر ومعه ينتقل الأمر إلى البدل ، وهذا المعنى من الفسخ إنّما

(١) القواعد ٢ : ١٨ .

يتحقّق في غير المقام ، وأمّا إذا كان المبيع ممّن ينعتق على المشتري فلا معنى لاعتباره بحسب البقاء ملكاً لمالكه الأول ، إذ لا معنى لاعتبار ملكية الحرّ ولا يـقاس ذلك بالتالف ، ومعه لا ينتقل الأمر إلى البدل .

وممّا ذكرنا تبيّن ما في كلام العلّامة (قدّس سرّه) فإنّ الأمر في محل الكلام أيضاً كذلك ، لأنّ الشارع قد منع من اعتبار ملكية المبيع وهو العبد المسلم للكافر فـلا ينتقل الأمر إلى البدل ، فما ذكره العلّامة والشيخ (قدّس سرّهما) لا يمكن المساعدة عليه كما عرفت فتأمّل .

وملخّص الكلام من أوّل البحث إلى هنا : أنه إن قلنا بكون الآية الشريـفة ناظرة إلى نفي السبيل تكويناً وفي يوم الآخرة بقرينة صدرها ، أو إلى نفي الحجّة كما في بعض الروايات فلا مانع من صحّة بيع العبد المسلم من الكافر ، غاية الأمر يكون الكافر ملزماً على بيعه بقاءً لأجل الروايات الواردة في عدم استقرار ملك الكافر للعبد المسلم كما ينادي بهذا قوله (عليه السلام) « ولا تقرّوه عنده » .

وأمّا إن قلنا إنّ الآية الشريفة ناظرة إلى مرحلة التشريع مثل قوله تـعالى : ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[١] بأن تكون الآية الشريفة حاكمة وناظرة إلى نفي السبيل للكافر على العبد المسلم في عالم التشريع ، فحينئذ لا إشكال في تقديم الآية الشريفة والحكم بعدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر بناءً على كون التمليك سبيلاً ، وأمّا إذا قلنا إنّ الآية الشريفة باطلاقها تشمل نفي السبيل في عالمي التشريع والتكوين فتقع المعارضة بين الآية الشريفة وبين الروايات الواردة في صحة العقود مثل قوله (عليه السلام) « الصلح جائز بين المسلمين »[٢] وغير ذلك من الروايات

---

(١) الحج ٢٢ : ٧٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٤٣ / كتاب الصلح ب٣ ح٢ .

الواردة في صحة العقد بالعموم من وجه ، وقد ذكرنا في محلّه[1] أنه إذا وقعت المعارضة بين الآية والرواية بالعموم من وجه تتقدّم الآية على الرواية لكون الرواية مخالفة للقرآن ، وقد ذكرنا في محلّه أنّ المعارض بهذا الوجه أيضاً ممّا أمرنا بضربه على الجدار ، ولا يختص ذلك بما إذا كانت المعارضة بالتباين لأنه لا نعني بالمخالفة إلّا التنافي وهو موجود في المقام .

ولكن هذه الكبرى لا تجري في المقام ، بل لابدّ في المقام من تقديم أدلّة العقود ، وذلك لأنّ هذه المقالة إنّما هي فيما إذا لم تكن الرواية معتضدة بآية أُخرى وفي المقام الروايات الواردة في المعاملات معتضدة بقوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**[2] ويقدّم **﴿أَوْفُوا﴾** على آية نفي السبيل لأجل كون دلالته بالوضع والعموم ودلالة آية نفي السبيل بالاطلاق ، وقد ذكرنا في محلّه أنّ ما يكون عمومه بالوضع يتقدّم على ما يكون بالاطلاق وبمقدّمات الحكمة ، فالنتيجة هي صحة بيع العبد المسلم من الكافر هذا كلّه في المعاملات .

وأمّا في الخيارات فإن كانت أدلّة الخيارات لفظية مثل قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار »[3] أو « لصاحب الحيوان خيار ثلاثة أيّام »[4] وغير ذلك من الروايات الواردة في باب الخيار فالكلام هو الكلام في المعاملات بعينه ، وأمّا وجه تقديم أدلّة الخيارات على الآية في مرحلة المعارضة فلأجل أنه لو كان البيع الابتدائي جائزاً وأدلّة البيع مقدّمة يكون الفسخ وعود الملك جائزاً بطريق أولى بناءً على كون

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ٥١٧ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب١ .

(٤) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ .

الفسخ عوداً للملك السابق ، كما أنه لو لم يكن الفسخ جائزاً لا يكون تملّك الكافر العبد المسلم ابتداءً جائزاً بطريق أولى .

وبعبارة أُخرى : أنّ جواز البيع الابتدائي من الكافر يدلّ بالدلالة الالتزامية على جواز الفسخ بطريق أولى ، كما أنّ عدم جواز الفسخ يدلّ بالدلالة الالتزامية على عدم جواز التملّك الابتدائي بطريق أولى ، ومرجع هذا إلى المعارضة بين الدلالة الالتزامية لأوفوا بالعقود والدلالة الالتزامية لآية نفي السبيل وهو من المعارضة بين آيتين ، وحيث إنّ دلالة الأُولى وضعية ودلالة الثانية اطلاقية فيتقدّم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ويؤخذ بعمومه وبلوازمه فتثبت صحة الفسخ . وإن شئت قلت : إنّ أدلّة الخيارات المعتضدة بعموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** تتقدّم على آية نفي السبيل . هذا إذا ورد دليل لفظي خاص على الخيار .

وأمّا إذا كان دليل الخيار مثل قاعدة لا ضرر فحينئذ أيضاً إن قلنا بعدم كون الآية ناظرة إلّا إلى نفي السبيل في عالم التكوين والآخرة فلا إشكال في الخيار ، وأمّا إذا كانت الآية ناظرة إلى نفي السبيل في مرحلتي التشريع والتكوين فلا إشكال أيضاً في ثبوت الخيار لحكومة لا ضرر على جميع أدلّة الأحكام الواقعية ومنها آية نفي السبيل ، لأنّ المفروض عدم كون الآية حاكمة على أدلّة الأحكام بل هي مثلها فتكون محكومة بلا ضرر ، وأمّا إن قلنا بناظرية الآية إلى نفي السبيل في مرحلة التشريع فقط فيقع التعارض بين القاعدة والآية يعني يقع التعارض بين الحاكمين وحينئذ فقد يقال بتقدّم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** على الآية ببيان ذكرناه ، فلابدّ من تقديم القاعدة على الآية في المقام أيضاً لكونها معتضدة بعموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** .

إلّا أنّه لا يمكن المساعدة على ذلك ، وذلك لأنّ المفروض نظر آية نفي السبيل إلى التشريع وحكومتها على جميع أدلّة الأحكام بما في ذلك **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ، فلا معاضدة في البين ، بل يكون التعارض بين الآية والقاعدة من صغريات التعارض

بين الكتاب والرواية بالعموم والخصوص من وجه والحكم فيه هو تقديم الكتاب وعليه فيحكم بعدم الخيار ويرفع اليد عن لا ضرر.

إلّا أنّ الصحيح أنه لا يوجد خيار ينحصر دليله بأدلّة نفي الضرر، كما لا مجال لدعوى اختصاص السبيل بالسبيل التشريعي، بل الآية الشريفة لا تشمل السبيل التشريعي أصلاً وإنّما هي ناظرة إلى السبيل التكويني في الآخرة، وعليه فمقتضى القاعدة صحة تملّك الكافر للمسلم غاية ما هناك أنه يجبر على بيعه كما دلّت عليه الروايات. نعم لو تم إجماع في مورد عملنا به كما ادّعي في البيع الابتدائي، لكن لم يثبت إجماع في الفسخ ومقتضى القاعدة ثبوت الخيار، فما ذكره في جامع المقاصد تبعاً للدروس من ثبوت الخيار متين جدّاً.

بيع المصحف من الكافر

ثم إنه يقع الكلام في جواز نقل المصحف إلى الكافر وعدمه. ولا يخفى أنّ محل الكلام في جواز بيع المصحف وعدمه إنّما هو مبني على جواز بيعه من المسلم، وأمّا لو قلنا بعدم جوازه من المسلم كما عليه الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)(١) فالجواز من الكافر غير محتمل فعليه يقع في مطلق النقل مثل الهبة ونحوها. وأيضاً فليعلم أنّ كلامنا في جواز نقله إلى الكافر وعدمه إنّما هو من حيث هو من دون أن ينطبق عليه عنوان آخر محرّم مثل الهتك ونحوه. على أنّ نقل المصحف إلى الكافر قد يوجب احترامه وتعظيمه لأنه يطّلع على معارفه وقواعده وإن لم يؤمن به وقد يكون هذا سبباً لهدايته وإيمانه.

ثم إنه إذا عرفت هذا فاعلم أنّ عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر إن كان

(١) صراط النجاة: ٢٨٣ / المسألة ١١٦٨.

دليله الاجماع فلا مانع من جواز بيع المصحف من الكافر لعدم الاجماع ، ولذا نقل الشيخ (قدّس سرّه)[١] عن بعض كراهة بيعه ، ولكنّه لم نعلم وجه الكراهة بل الأمر دائر بين المنع والجواز .

وكيف كان إن كان الدليل هناك الاجماع فهو غير تامّ هنا فلا مانع من جواز البيع . وإن كان الدليل هناك الآية الشريفة من جهة احترام المسلم فيمكن أن يقال في المقام بمناسبة الحكم والموضوع إنه إذا كان بيع العبد المسلم غير جائز من جهة الاحترام فعدم الجواز في المصحف بطريق أولى ، لأنّ القرآن أعظم احتراماً من المؤمن لأنه أساس الدين .

ولكن فيه منع ظاهر ، بداهة أنه لم يعلم أنّ عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر من جهة الاحترام ، بل يمكن أن يكون لنكتة أن لا يكون متخلّقاً بأخلاق الكفّار وأن يميل إلى الكفر وغير ذلك من النكات ، هذا بالنسبة إلى أصل المسألة .

وأمّا الأولوية فهي أيضاً ممنوعة ، وذلك لبداهة أنّ المؤمن أعظم احتراماً من المصحف الموجود الشخصي ولذا لو دار الأمر بين إتلاف القرآن الشخصي الموجود وبين تلف النفس المحترمة فلا إشكال في جواز إتلاف القرآن كما إذا توقّف إنقاذ المؤمن على شدّ القرآن بشيء وكان المصحف أيضاً مخطوطاً بحيث لو وصل إليه الماء لتلف فيلق على الشط مثلاً حتّى يأخذه الغريق ويصل إلى الساحل ، وكما إذا توقّف حفظ النفس على جعل المصحف تحت القدم فيما إذا كان المؤمن قريباً من الموت لأجل الجوع بحيث لو لم يجعل المصحف تحت القدم لم تصل يده إلى الخبز فيموت جوعاً فحينئذ لا إشكال في جوازه ، نعم إذا دار الأمر بين إمحاء أحكام القرآن وقواعد الدين من أصلها وقتل النفس المؤمنة فالمتعيّن هو الثاني ، وقد ضحّى الأئمّة

---

(١) المكاسب ٣ : ٦٠١ .

(عليهم السلام) بأنفسهم الشريفة في سبيل حفظه وتشييد قواعده وأحكامه . وكلامنا في جواز نقل المصحف الشخصي الموجود كما هو واضح ، وعلى فرض عدم جواز نقل المصحف هل يلحق به الأحاديث النبوية المتواترة أم لا ؟ الظاهر هو الثاني لعدم الدليل ، وعلى فرض التسليم فيه أيضاً هل تكون الأحاديث الآحاد ملحقة بالمتواترة أم لا ؟ الظاهر لا ، لأنّ كون شيء حجّة لا يوجب ترتّب جميع الأحكام عليه فلا يمنع عن جواز بيعه .

ولا ينقضي تعجّبي عن الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) كيف ذكر قوله هذا « وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمّل أو منع انتهى »[1] بداهة أنّه لو لم يكن الدليل تامّاً كيف يكون الافتاء بالدليل غير التامّ حسناً .

(١) المكاسب ٣ : ٦٠٢ [لكنّه ذكره في ذيل مسألة بيع المصحف] .

الكلام في شرائط العوضين

قد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)[1] أنّه يشترط في البيع كون كل واحد من الثمن والمثمن مالاً ، وأن يكون ممّا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء ، وكل مورد علمنا بعدم كونه مالاً فلا إشكال في عدم جواز البيع كالخنافس والديدان ، كما أنّه لا إشكال في جواز البيع فيما إذا كان العوضان مالاً . ثمّ ذكر (قدّس سرّه) وأمّا إذا شككنا في كونه مالاً فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً للمال بالباطل فالظاهر فساد المقابلة ، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة وخصوص قوله (عليه السلام) في المروي عن تحف العقول : « وكلّ شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلال بيعه » الخ[2].

وفيما ذكره (قدّس سرّه) مواقع للنظر منها : ما ذكره (قدّس سرّه) من مقالة اعتبار كون العوضين مالاً فإنه ممّا لم يقم عليه دليل كما ذكرناه مراراً وقدّمناه في أوّل كتاب البيع[3] فإنّ المعتبر تحقّق الغرض العقلائي ولو كان شخصياً وقد مثّلنا لذلك بما إذا

---

(١) المكاسب ٤ : ٩ .

(٢) تحف العقول : ٣٣٣ .

(٣) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب الصفحة ١٨ .

رأى أحد خطّ جدّه مثلاً عند شخص وكان مشتاقاً إليه فطلبه منه فأبى عن إعطائه إلّا بالبيع فلا مانع من صحّة بيعه وشرائه ، وكذا في مثل العقارب والديدان والخنفساءإذا كان في بيعها وشرائها غرض عقلائي لأجل الدواء ونحوه ، والحاصل أنّه لا دليل على اعتبار المالية في العوضين . وأمّا ما ورد في كلام المصباح[1] من أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فلا حجّية فيه ، لأنّ أهل اللغة في مقام شرح الاسم لا في تحديد المعنى الحقيقي كما هو الظاهر .

ولو سلّمنا ذلك فغاية ما يترتّب على ذلك عدم شمول أدلّة إمضاء البيع للمعاوضة الواقعة على ما لا يتموّل وهذا لا يمنع من شمول قوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ ونحوه فيحكم بصحّة المعاوضة المذكورة ، وقد ذكرنا في بعض تنبيهات المعاطاة وشيّدنا أركان ما قلناه هناك من عدم كون بعض ما هو المتداول بين الناس بيعاً بل معاوضة مستقلّة برأسه كما ربما يبدّل أحد عباءه مع عباء شخص آخر وغير ذلك ممّا يقع التبديل بين الشقصين بين الناس من دون أن يلاحظوا الثمنية والمثمنية في أحد من المتاعين والشقصين ، وبديهي أنّ مثل هذه المعاملات ليس من البيع في شيء ولذا لو سئل عن كل واحد من المتبادلين هل بعت مالك فيقول في جوابه لا بل بدلته فراجع نفسك واجعل الانصاف بين يديك ، وهذا ظاهر كما لا يخفى على الناقد البصير ومع ذلك كلّه نحكم على هذه المعاوضات بالصحّة تمسّكاً بعموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ .

ومنها : ما ذكره ثانياً من أنّه إذا شككنا في كون شيء مالاً فإن كان المال في مقابله أكلاً للمال بالباطل فلا إشكال في عدم الجواز بناءً على ما ذكره في تفسير معنى الآية الشريفة فراجع ، وذلك أنّه إذا شككنا في كون شيء مالاً نشكّ في كون مقابله

---

(١) المصباح المنير : ٦٩ .

أكلاً للمال بالباطل ، ومع احتمال كونه مالاً كيف يكون لنا العلم بأنّه أكل مال بالباطل وليس هذا إلّا جمعاً بين المتناقضين ، وأمّا على المبنى المختار عندنا فالآية أجنبية عن محلّ الكلام رأساً .

ومنها : ما ذكره أخيراً من قوله : وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع الخ وقد عرفت في أوّل الكتاب[1] عدم كون ما نقل عن تحف العقول رواية لأجل وجود القرائن التي نبّهنا عليها هناك ، وعلى فرض كونها رواية فهي ضعيفة بالإرسال . وأمّا التمسّك في هذه الموارد بالعمومات فمن أظهر مصاديق التمسّك بالعام في الشبهات المصداقية كما هو الظاهر لأهل الفنّ .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّهم احترزوا باعتبار الملكية عن بيع ما لا يكون ملكاً كالماء والكلاء والسماك والوحوش قبل الإصطياد .

ولعمري أنّه لم يتقدّم منه (قدّس سرّه) اعتبار الملكية في العوضين بل ذكر (قدّس سرّه) أنّه يشترط أن يكون العوضان مالاً وبديهي أنّه لا ملازمة بين كون شيء مالاً وكونه ملكاً بل النسبة بينهما العموم من وجه كما هو الواضح ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الملكية معتبرة في بيع الأعيان الشخصية لأجل الروايات الواردة في المقام مثل قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا بيع إلّا في ملك »[2] و « لا بيع فيما ليس عندك »[3] بحيث لولا هذه الروايات لم يكن مانع عن بيع ما ليس عنده ثمّ اشتراؤه ودفعه إلى المشتري ، والمراد من اعتبار كون العوضين ملكاً في الأعيان الشخصية معناه اللغوي يعني أن يكون تحت سلطانه ولذا قلنا في بعض تحقيقاتنا

---

(١) لاحظ مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٧ وما بعدها .

(٢) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٣ . (مع اختلاف يسير) .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ (باختلاف يسير) .

المتقدّمة[١] من أنّه لا مانع من جعل متعلّق الحقّ كحقّ التحجير ثمناً في البيع ، وأمّا في بيع الكلّي في الذمّة فلا يعتبر الملكية بلا إشكال وخلاف بين الفريقين كما صرّح الإمام (عليه السلام) بذلك في بعض الأخبار[٢] نقضاً على المخالفين كما تقدّم منّا في بعض المباحث السابقة فراجع .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) بعد ذلك أيضاً ما هذا لفظه : واحترزوا أيضاً به ـ يعني باعتبار الملكية ـ عن الأرض المفتوحة عنوة ، ووجه الاحتراز عنها أنّها غير مملوكة لملّاكها على نحو سائر الأملاك الخ ، ولعمري أنّه كان الأولى له (قدّس سرّه) أن يقيّد الملكية في هذا المقام بالطلقية لكون الأراضي المفتوحة عنوة ملكاً للمسلمين غاية الأمر ليست ملكاً طلقاً ، ثمّ تعرّض لبيان كيفية التملّك وأقسام الملكية وتفصيل ذلك : أنّ الملكية تتصوّر على وجوه :

منها : ما إذا كانت العين والمنافع ملكاً للمالك كما في الأموال والأملاك الشخصية المتعارفة كمالكية الإنسان لداره ونحوها من أمواله .

ومنها : ما لا تكون العين ملكاً له بل تكون المنافع ملكاً له حتّى قبل القبض كما في الوقف الخاصّ بداهة أنّ الموقوف عليهم في الوقف الخاصّ يتملّكون المنافع بوجه المشاع حتّى قبل القبض كما هو واضح .

ومنها : ما تكون المنافع فقط مملوكة بعد القبض مثل الوقف العامّ كما في الوقف على العلماء والمؤمنين .

ومنها : ما لا تكون العين ملكاً لأحد إلّا بعد القبض كما في باب الزكاة والخمس بناءً على كونهما متعلّقين بالعين وكون عنوان السادات والفقراء مشتركاً مع

---

(١) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٢٥ ، ٣٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح١ ، ٣ .

من عليه الزكاة والخمس ، وبديهي أنّ السادات والفقراء قبل قبض العين لا يكونون مالكين للعين فضلاً عن منافعها ولذا لو مات أحد من الفقراء أو السادات قبل القبض وبعد تعلّق الخمس والزكاة لا يرثه وارثه كما هو واضح .

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ الملكية الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة ليست من قبيل تلك الأُمور التي ذكرناها وتلونا عليك بل الملكية هنا نحو ملكية مستقلّة ومعناها صرف منافعها في مصالح المسلمين وأمرها في يد ولي الأمر وله تمليكها لكل شخص أراد ورأى فيه مصلحة لعامّة المسلمين .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّه حيث انجرّ الكلام إلى ذكر بعض أقسام الأرضين لا بأس بالاشارة إلى جميع أقسام الأرضين بالإجمال ومن الله الاستعانة قال (قدّس سرّه) الأراضي إمّا موات أو عامرة ، وكل واحدة منها إمّا أن تكون كذلك بالأصالة وإمّا أن تكون بالعرض فالأقسام أربعة لا خامسة فيها . ومرادنا بالعامرة بالأصالة أن تكون كذلك في نفسها لا بمعمّر المعبّر عنها بالفارسية بـ(خودرو) .

ويقع الكلام أوّلاً في الأراضي التي لا تكون عامرة أي مواتاً بالأصالة وفيها جهات من البحث : الأُولى في أنّها مملوكة لأيّ شخص ؟ الظاهر أنّه لا إشكال ولا خلاف في كونها للإمام (عليه السلام) وكونها من الأنفال ، وما يكون من الأنفال فهو للإمام (عليه السلام) كما تدلّ عليه الآية الشريفة[1] وبعبارة واضحة : الكبرى ثبتت بالآية والصغرى يعني كون الأراضي الكذائية من الأنفال بالرواية ، وهو المتسالم عليه عند فقهاء الإمامية ، وأمّا استفاضة النصوص بذلك أو تواترها كما في كلام شيخنا العلّامة الأنصاري (قدّس سرّه)[2] فلم تظهر لنا ، بداهة أنّه إن أراد من

---

(١) الأنفال ٨ : ١ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٣ .

استفاضة النصوص الروايات الواردة في أنّ كل أرض خربة باد عنها أهلها أو أنّ الأرض كلّها للإمام (عليه السلام) فهي وإن كانت كثيرة إلّا أنّها خارجة عن محلّ الكلام ، لأنّ المراد من الأوّل ما يكون عامرة ثمّ خربت لأجل تفرّق أهلها ، وبديهي أنّ محل كلامنا في موات الأرض بالأصالة ، والثاني أيضاً خارج لأنّه لا شكّ ولا شبهة في كون الأرض والسماء وجميع ما خلق الله لهم (سلام الله عليهم أجمعين) ولكن كلامنا في خصوص موتان الأرض ، نعم قد وردت روايات ثلاثة أو أربعة في كون الأراضي الميتة للإمام (عليه السلام) كما ذكره صاحب الوسائل في كتاب الخمس في باب الأنفال فراجع الوسائل في كتاب إحياء الموات باب ٤ أنّ الذمّي إذا أحيى الخ .

الجهة الثانية : في أنّ جواز التصرّف في هذه الأراضي وتعميرها هل هو مختصّ بالشيعة أو يعمّهم وجميع المسلمين أو يعمّ الكفّار أيضاً ؟ ويمكن الاستدلال على الثاني بما في النبويين من قوله (صلّى الله عليه وآله) : « موتان الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي أيّها المسلمون »[1] وقوله (صلّى الله عليه وآله) : « عادي الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي »[2] والمراد من العادي القديم الظاهر في الأرض الميتة .

ولكن الحقّ عدم دلالة النبويين على المطلب ، مضافاً إلى كونهما ضعيفتي السند لأنّ المستفاد كون موتان الأرض للمسلمين حتّى قبل الإحياء ، وهو كما ترى مخالف لمذهب الشيعة لأنّها للإمام (عليه السلام) فافهم .

والأولى الاستدلال بما ورد في صحيحتي محمّد بن مسلم وأبي بصير فراجع الوسائل كتاب إحياء الموات باب ١ أنّ من أحيا أرضاً الخ وفي الصحيحة الأُولى

---

(١) المستدرك ١٧ : ١١١ / أبواب كتاب إحياء الموات ب١ ح٢ [لكن ليس فيه قوله « ثمّ هي لكم ... »] .

(٢) نفس المصدر ح ٥ .

قال : « سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال (عليه السلام) ليس به بأس ـ إلى أن قال (عليه السلام) ـ وأيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها وهي لهم »(١) وفي الصحيحة الثانية قال : « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شراء الأرضين من أهل الذمّة ، فقال (عليه السلام) لا بأس بأن يشترى منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم » الخ(٢) ومثل قوله (عليه السلام) « كل أرض ميتة لا ربّ لها فهو للإمام (عليه السلام) »(٣) فإذا كان الأمر في مطلق الكافر أو الذمّي كذلك يعني إذا جاز لهم بل لكلّ الناس كما يستفاد من كلمة قوم في قوله « أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض » فما ظنّك لغير الشيعي من المسلمين .

الجهة الثالثة : في وجوب الخراج وعدمه ، الظاهر أنّ حكم هذه المسألة مبنيّ على أنّ المحيي يكون مالكاً بالإحياء أو يكون له التصرف فيها ، والذي هو المتسالم فيه بين الإمامية عدم وجوب الخراج على الشيعي ولكنّ صحيحة الكابلي « قال أبو جعفر (عليه السلام) وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) **﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾** إلى أن قال فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمّرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام (عليه السلام) من أهل بيتي وله ما أكل منها »(٤) وفي مصحّحة عمر بن يزيد « سأل رجل أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل أخذ أرضاً مواتاً ـ إلى أن قال (عليه السلام) ـ كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول : من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤدّيه إلى الإمام (عليه السلام) »

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب١ ح١ .

(٢) نفس المصدر ب٤ ح١ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٢٤ / أبواب الأنفال ب١ ح٤ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٢ .

الخ[(١)] وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)[(٢)] أنّه يمكن حمل هذه الروايات على بيان أصل الاستحقاق ، ولا ينافي ذلك عدم وجوب الأداء على الشيعة لأجل إسقاط الأئمّة (عليهم السلام) ذلك بعد أمير المؤمنين (عليه السلام) وتحليلهم لشيعتهم ، كما أنّه يمكن حملها على زمان الحضور بأن يقال إنّه يجب الأداء في حال الحضور دون الغيبة .

ولكن لا يخفى ما فيه ، أمّا حمله الأول فإنّ الظاهر من الصحيحتين بيان الحكم والوظيفة الفعلية للسائل دون مجرّد أصل الاستحقاق بل هو (عليه السلام) بصدد بيان أنّ وظيفتك أن تؤدّي الخراج إلى الأئمّة (عليهم السلام) . وأمّا حمله الثاني فأبعد من الأول لأمرين : أحدهما أنّ هذه الروايات مطلقة وشاملة لعصري الحضور والغيبة . وثانيهما : أنّ قوله (عليه السلام) : « ما كان لنا فهو لشيعتنا » ونحوه ناظر إلى زمن الحضور أو هو مطلق للعصرين إلّا أنّ أبرز مصاديقه عصر الحضور فيتنافى مع حمل الصحيحتين على زمن الحضور .

فعليه يكون المستفاد من الصحيحتين وجوب أداء الخراج إلى الأئمّة ، إلّا أنّ الذي يسهّل الخطب في عدم وجوب أداء الخراج على الشيعة قوله (عليه السلام) في رواية مسمع بن عبدالملك « كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا (عليه السلام) فيجبيهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم ، وأمّا ما كان في أيدي غيرهم فإنّ كسبهم من الأرض حرام » الخ[(٣)] فيخصّص عموم الصحيحتين ويقال بوجوب الخراج على غير الشيعي فافهم .

(١) الوسائل ٩ : ٥٤٩ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٤ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٤٨ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٢ .

والذي يدلّنا على هذا الجمع أيضاً الروايات العامّة[1] الواردة في تحليل ما يكون لهم (عليهم السلام) لشيعتهم بداهة أنّ كون الشيعة فيه محلّلون ليس إلّا عبارة عن عدم وجوب الخراج عليهم وإلّا لا إشكال في حلّية التصرف في الأرض مع أداء الخراج للسنّي ولجميع الناس ، فتخصيصه (عليه السلام) بالشيعة ليس إلّا من هذه الجهة .

وأيضاً يدلّ على ما ذكرناه ما في رواية مسمع بن عبدالملك من قوله « فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم » وليس حرمة الكسب لهم إلّا من جهة عدم إعطاء الخراج للأئمّة (عليهم السلام) وصدره أيضاً يدلّ على عدم وجوب الخراج على الشيعة كما ذكرناه .

لا يقال : إنّه كيف يمكن هذا الجمع مع أنّ مورد السؤال في صحيحتي الكابلي وعمر بن يزيد هم الشيعة لأنّه لو قلنا بخروج الشيعة عن مورد الخراج يلزم تخصيص المورد ، وهو كما ترى لأنّه كيف يمكن أن يسأل عن حكم الشيعة ويجيب الإمام (عليه السلام) عن حكم الأشخاص الآخرين .

فإنّه يقال : إنّ الأمر ليس كذلك ، أمّا في صحيحة الكابلي فلم يسبقه سؤال فيه عن الإمام (عليه السلام) حتّى يقال بتلك المقالة ، نعم الراوي لها شيعي وهذا غير كون المورد هم الشيعة . وأمّا مصحّحة عمر بن يزيد فلم يعلم أنّ السؤال كان عن الشيعة بل السائل على ما ذكر في الوسائل كان رجلاً من أهل الجبل الذين هم الآن من المتعصّبين من أهل السنّة غالباً فما ظنّك بذلك الزمان ، مع أنّ قوله (عليه السلام) في آخر الرواية فليوطّن نفسه على أن تؤخذ منه قرينة على أنّ مورد السؤال كان من غير الشيعة فإنّ الشيعي لا تؤخذ منه الأرض عند قيام القائم (عجّل الله تعالى فرجه)

(١) الوسائل ٩ : ٥٤٣ / أبواب الأنفال ب ٤ .

وكيف كان أنّ ما ذكرناه من الجمع في غاية المتانة .

الجهة الرابعة : في كون الإحياء سبباً للملكية أو يورث الأحقّية فقط ؟

والمسألة ذات قولين ، ذهب المشهور إلى الأوّل يعني أنّ المحيي يكون بالإحياء مالكاً ، ولكن الظاهر هو الثاني يعني أنّ الإحياء يورث الأحقّية وقد ورد في المقام روايات مختلفة والمذكور في بعضها أنّ من أحيى الأرض فهي له[(١)] ويستفاد منها الملكية ، وفي بعضها أثبت الأحقّية كما في رواية فضالة عن جميل بن درّاج عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال (عليه السلام) « أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمّروها فهم أحقّ بها »[(٢)] وفي بعضها الآخر قد جمع بينهما كما في رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال « سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول : أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمّروها فهم أحقّ بها وهي لهم »[(٣)] وكذا في مرسلة الصدوق[(٤)].

ولعمري أنّه من تأمّل في الروايات الواردة في هذا الباب بعين الإنصاف يجد في نفسه القطع بأنّ الإحياء يورث الأحقّية دون الملكية ، وذلك للروايات[(٥)] الدالّة على وجوب إخراج الخراج على غير الشيعي وتحليله للشيعة ، والملك لا يجتمع مع وجوب إخراج الخراج وحرمة التصرّف في الأرض دون تأدية الخراج . فعليه تكون كلمة اللام في قولهم (عليهم السلام) « فهي لهم » أو « هو لهم » بمعنى الاختصاص يعني لا يجوز لأحد أن يزاحمه فيما أحياها من الأرض .

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب١ ح٣ .

(٣) نفس المصدر ح٤ .

(٤) نفس المصدر ح٧ .

(٥) الوسائل ٩ : ٥٤٣ / أبواب الأنفال ب٤ .

ويدلّنا على ذلك أيضاً أمران : أحدهما الروايات[١] الصحيحة الواردة في عدم جواز تعطيل الأرض لمن أحياها ولو عطّلها يجوز لغيره الغرس وإجراء الأنهار وغير ذلك من أنحاء الإحياء . وبعبارة واضحة يجوز للغير أن يتصرّف في الأراضي التي أحياها الغير ولكنّه عطّلها وصارت خربة ، بداهة أنّه لو كان الإحياء موجباً لكون الأرض ملكاً لمحييها كيف يكون للغير أن يتصرف في ملك المحيي بلا إذن منه .

الأمر الثاني : ما في رواية عمر بن يزيد « فإذا ظهر القائم (عجّل الله تعالى فرجه) فليوطّن نفسه على أن تؤخذ منه »[٢] بداهة أنّه لو فرضنا أنّ الإحياء يورث الملكية كيف يكون للإمام (عليه السلام) أخذ الأرض منهم وإخراجهم منها صغرة كما في ذيل رواية مسمع بن عبدالملك[٣] وقوله (عليه السلام) في آخر رواية الكابلي « حتّى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها ـ إلى أن قال (عليه السلام) ـ إلّا ما كان في أيدي شيعتنا فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم » الخبر[٤] كما هو واضح ، ويكفينا الشكّ في ذلك أيضاً لكون الأصل معنا بداهة أنّ الأرض كانت للإمام (عليه السلام) قطعاً وبعد الإحياء نشكّ في كونها ملكاً لمحييها والأصل عدمه ، فلابدّ من إحراز السبب الناقل عن ملكه (عليه السلام) إلى ملك المحيي .

فإن قلت : إنّ الإحياء سبب للملك ، قلت : هو مصادرة وأوّل الكلام كما لا

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ .

(٢) الوسائل ٩ : ٥٤٩ / أبواب الأنفال ب٤ ح١٣ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٤٨ / أبواب الأنفال ب٤ ح١٢ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٢ .

يخفى .

ومن هنا يظهر حكم المسألة التي سئلنا عن حكمها أزيد من عشرين مرّة وهو أنّه إذا أحيى أحد أرض الموات لأجل التجارة لا لجهة مؤونته كما إذا جعلها بستاناً أو غرس فيها شجراً لأجل التجارة هل يتعلّق بها الخمس أم لا بعد ما لم تكن يتعلّق بها الخمس إذا كان الإحياء لأجل المؤونة بلا إشكال ؟ بداهة أنّه بعد ما فرضنا أنّه لا يملك بالإحياء بل لم يثبت له إلّا الأحقّية من غيره لا معنى لتعلّق الخمس بها لعدم كون الأرض ملكاً له كما هو واضح .

الجهة الخامسة : في جواز بيع تلك الأراضي لمحييها ، الظاهر أنّه لا إشكال في جواز بيعها ، ولا ينافيه ما ذكرناه في الجهة الرابعة من عدم كونها ملكاً بالإحياء وذلك لأنّ معنى بيع الأراضي الكذائية تبديل طرفي الإضافة الموجودة في البائع للمشتري بأن يكون للمشتري ما كان للبائع من الأحقّية عن غيره ، وبعبارة واضحة أن يكون المشتري قائماً مقام البائع ، وأن تكون السلطنة الموجودة للبائع مضافة إلى المشتري ، وأن يكون المشتري واجداً لتلك السلطنة التي كانت للبائع فيكون المبيع في هذه الموارد هو الحقّ الثابت للبائع بالإحياء ، وإن أردت أن تقول إنّ المبيع هو العين من جهة الحقّ وأمّا نفس الأرض فهي باقية في ملك الإمام (عليه السلام) .

القسم الثاني : ما تكون عامرة بالأصالة كأطراف الشطوط والأنهار والآجام ونحوها ممّا تكون عامرة بالأصالة ، والكلام فيها يقع من جهتين : الأُولى في كونها للإمام (عليه السلام) ولم يرد فيها بخصوصها ما يدلّ على كونها للإمام (عليه السلام) إلّا أنّ العمومات كافية لإثبات ذلك مثل(١) ما عدّ فيه من الأنفال كلّ أرض

(١) كما ورد في الوسائل ٩ : ٥٢٤ / أبواب الأنفال ب١ ح٤ .

لا ربّ لها ، فإنّها تعمّ العامرة بالأصل ، ويدلّ عليه قوله (عليه السلام) في صحيحة الكابلي « والأرض كلّها لنا »[١]. ثمّ ذكر الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّ عموم ذلك لا يخصّص بمفهوم رواية حمّاد المرويّة في الكافي[٣] حيث جعل فيه من الأنفال كلّ أرض ميتة لا ربّ لها ، لأنّ القيد وارد مورد الغالب ، لأنّ غالب الأراضي التي لا ربّ لها ميتة فلا مفهوم له ونقول : هذا الكلام معروف بينهم من أنّ القيد إذا كـان وارداً مورد الغالب فلا مفهوم له ، كما أنّه من المعروف أيضاً أنّ الاطلاق يحمل على الأفراد الشائعة .

أمّا الكلام الثاني فلا وجه له أصلاً ، لأنّ تخصيص الاطلاق بالأفراد النادرة مستهجن لا شموله لها .

وأمّا الكلام الأوّل فثبوت المفهوم للقيد إنّما هـو مـن جـهة أنّـه لو لم يكـن احترازياً دالاً على المفهوم لزم لغويته ، ففي القيد الوارد مورد الغالب لمّا لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلّا فلا فرق بينه وبين غيره من القـيود ، والأولى أنّ الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغوية من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم ، فإنّ ذكره قد يكون من جهة كون المقيّد مورد السؤال أو من جهة عدم كون غيره مورد الابتلاء كما في الرواية المزبورة حيث إنّ الأراضي التي هي مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً ، فلا معارضة بين الدليلين المثبتين وإن كان أحدهما أخصّ من الآخر لعدم التنافي بينهما .

وليعلم أنّ هذه الرواية مرسلة لأنّ حمّاد يرويها عن بعض أصحابنا .

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٢ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٦ .

(٣) الكافي ١ : ٥٣٩ / ح٤ .

الجهة الثانية : في ثبوت الملكية بالحيازة وعدم ثبوتها . قال الشيخ (قدّس سرّه) : وهل تملك هذه بالحيازة أم لا ؟ وجهان ، من كونها مال الإمام (عليه السلام) ومن عدم منافاته للتملّك بالحيازة ، واستدلّ بعموم النبوي « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به »[١].

ولكنّه لا يخفى أنّ النبوي ضعيف السند أوّلاً ، وعليل الدلالة ثانياً ، وذلك لأنّ المستفاد منه الأحقّية دون الملكية ، مضافاً إلى أنّ النبوي راجع إلى المباحات الأصلية التي لا مالك لها ، وأمّا الأراضي التي لها مالك شخصي مثل الإمام (عليه السلام) في المقام وغيره (عليه السلام) في غير المقام فلابدّ فيها من الإذن من مالكها وإلّا كانت الأحقّية ثابتة لكلّ واحد من المسلمين لو سبق إلى ملك الغير قبل أن يسبقه صاحبه وهو كما ترى ، فلابدّ من التماس دليل آخر لثبوت الأحقّية ، وقد ورد في خصوص الشيعة عن أئمّتنا (عليهم السلام) قولهم (عليهم السلام) « ما كان لنا فهو لشيعتنا »[٢] وفي رواية مسمع بن عبدالملك : « وكلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون »[٣] وأمّا بالنسبة إلى غير الشيعي فلابدّ من التماس دليل آخر .

والعجب من الميرزا (قدّس سرّه)[٤] حيث إنّه استدلّ على حصول الملكية بالحيازة للشيعة وغيره بأدلّة التحليل واستفاد منها الحكمة وقال إنّ التحليل وإن كان لخصوص الشيعة إلّا أنّ مقتضى تعليلهم (عليهم السلام) الإباحة بأن تطيب ولادة

---

(١) المستدرك ١٧ : ١١١ / أبواب إحياء الموات ب١ ح٤ (مع اختلاف يسير) .

(٢) الوسائل ٩ : ٥٥٠ / أبواب الأنفال ب٤ ح١٧ .

(٣) نفس المصدر ح١٢ .

(٤) منية الطالب ٢ : ٢٦٩ .

الشيعة كون التملّك بالتصرف عاماً لكل أحد حيث إنّ الكافر إذا استولى على أرض ربما تنتهي تلك الأرض إلى الشيعي ، فالحكمة تقتضي أن يملكها الكافر أيضاً .

ولا يخفى أنّ المستفاد من الرواية ليس إلّا التحليل ، وأمّا الملكية فلا كما هو واضح . ولو سلّمنا ذلك أيضاً لماذا يكون عاماً لجميع الناس ، واختصاصه للشيعة لا ينافي بأن تطيب ولادة الشيعة بداهة أنّه إذا فرضنا أنّ الأرض صارت تحت يد غير الشيعي وتنتقل إلى الشيعة بعد مدّة تكون التصرفات التي صدرت من غير الشيعي قبل ذلك حراماً وتكون حلالاً للشيعي منذ زمان وقوعها تحت يده .

وممّا يمكن أن يستدلّ به على كون الحيازة مملّكاً ما في ذيل رواية موت الزوجين وتشخيص مال الزوجة عن مال الزوج من قوله (عليه السلام) « من استولى على شيء منه فهو له »(١) ولكنّه في غير محلّه لأنّه مضافاً إلى كونها في مقام بيان الحكم الظاهري لأنّها راجعة إلى قاعدة اليد وكون الاستيلاء أمارة الملكية لا أنّه سبب الملكية واقعاً ، أنّ الإشكال الذي ذكرناه في التمسّك بقوله (صلّى الله عليه وآله) « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به » وارد هنا ، بداهة أنّ الاستيلاء إنّما يكون كذلك إذا لم يكن ملكاً للغير فإنّ ملك الغير لا يجوز التصرّف فيه بغير إذنه . فتحصل أنّه ليس في البين ما يستفاد منه كون الحيازة أو الاستيلاء بعنوانه سبباً للملك حتّى في المباحات الأصلية فضلاً عن غيرها كما في المقام ممّا يكون ملكاً للإمام (عليه السلام) .

نعم في خصوص المباحات الأصلية يمكن الاستدلال لكون الحيازة مملّكاً بما ورد في صيد الطير من قوله (عليه السلام)(٢) « للعين ما رأت ولليد ما أخذت » في

---

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٦ / أبواب ميراث الأزواج ب٨ ح٣ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ٣٩١ / أبواب الصيد ب٣٨ ح١ .

جواب من سأله (عليه السلام) عن الطير نظر إليه رجل واصطاده رجل آخر ، فإنّ ظاهره أنّ الاستيلاء أوجب كون الطير لمن أخذه وليس للعين إلّا النظر ، ومن الظاهر أنّه لا خصوصية للطير فالجواب يعمّ حيازة غيره من المباحات ، مضافاً إلى السيرة القطعية القائمة على أنّ الحيازة في المباحات توجب الملك ، فثبوت الملك بالاستيلاء على المباحات الأصلية ظاهر لا ريب فيه .

ثمّ إنّ الظاهر كون الأشجار والأخشاب الموجودة في الأراضي العامرة كالآكام ملكاً للإمام (عليه السلام) بتبع ملك الأرض وليست من المباحات الأصلية فلا تملك لغير الشيعي بالحيازة ولا يثبت له حقّ الأولوية بالاستيلاء عليها إلّا أن يتمسّك لذلك بالسيرة فإنّها قائمة على أنّ الاحتطاب لم يكن مختصّاً بغير الكفّار حتّى في زمان علي (عليه السلام) بل كان الكفّار يحتطبون ويشترى منهم ذلك ولم يكونوا يردعون عنه ، فيظهر من ذلك ثبوت الحقّ لغير الشيعي أيضاً إذا حاز الأشجار والأخشاب ولا يختصّ إباحة التصرّف فيها بالشيعي ، وهذا بخلاف الأراضي العامرة فلا يثبت لهم فيها حقّ أصلاً فإذا حاز أحدهم شيئاً منها يجوز للشيعي مزاحمته فيها وأخذها منه ، نعم يثبت لهم حقّ بالإحياء مع أداء خراجها .

ثمّ إنّ تحقّق الإحياء في الموات بالأصل بمكان من الامكان كما هو واضح وأمّا العامرة بالأصل فهل يتحقّق فيها الاحياء ؟ الظاهر تحقّقه كما لو بنى فيها بيتاً أو أجرى فيها الأنهار فتشملها أدلّة الاحياء . وعلى فرض عدم صدق الاحياء فلا إشكال في صدق عنوان التعمير فإنّ جملة من النصوص ورد فيها عنوان الاحياء وعنوان التعمير كما في صحيحة محمّد بن مسلم : « أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها »[1].

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٢ / كتاب إحياء الموات ب١ ح٤ .

فتلخّص من جميع ما ذكرنا : أنّ الأراضي العامرة بالأصالة أو الموات كذلك لا تملك بالاحياء ولا بالحيازة بل هي ملك للإمام (عليه السلام) ويثبت حقّ الأولوية للشيعي بالاحياء والحيازة ، وأمّا لغيرهم فبالاحياء يثبت حقّ الأولوية مع أداء الخراج لا بدونه ، وأمّا بالحيازة فلا يثبت لهم حقّ أصلاً .

هذا تمام الكلام في القسمين الأوّلين من أقسام الأراضي أي العامرة أو الموات بالأصالة .

وأمّا الكلام في القسم الرابع وهو ما عرض له الموت بعد العمارة فقد تقدّم الكلام أنّ العمارة لو كانت أصلية فهي ملك للإمام (عليه السلام) وإن كانت العمارة من معمّر فحينئذ وقع الكلام في كونها باقية في ملك معمّرها بناءً على إفادة الأخبار الملكية ، أو باقية في متعلّق حقّ المحيي بناءً على إفادتها الأحقّية كما قوّيناه ، أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً أو صيرورة الثاني أحقّ بها من الأوّل بناءً على ما قوّينا ، أو يفصّل بين ما إذا كان الحقّ ثابتاً للأوّل بالإحياء أو بغير الإحياء كالشراء من الإمام (عليه السلام) أو العطيّة بأن يقال في الأول بصيرورة من يعمّرها ثانياً أحقّ بها أو مالكاً لها وبقاؤها في ملك الأول أو متعلّقاً لحقّه في الثاني كما عن العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة[١] ولا يخفى أنّ كلامنا في غير الأراضي التي باد عنها أهلها ، لأنّ مثل هذه الأراضي من الأنفال بلا إشكال للنصّ الصريح .

والذي ظهر لنا في المقام أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة : بقاؤها في ملك المحيي الأوّل بناءً على الملكية أو في متعلّق حقّ الأول بناءً على ما ذكرناه ، وكون الثاني أحقّ بها من الأول أو مالكاً لها بالاحياء ، والتفصيل الذي ذكرناه ، والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنّ التفصيل الذي ذهب إليه العلّامة (قدّس سرّه) وتبعه جمع من

---

(١) التذكرة ٢ : ٤٠١ السطر ٤ .

المتأخّرين لا وجه له وإن نسب صاحب الجواهر(١) إلى العلّامة (قدّس سرّه) أنّه ادّعى الاجماع وعدم الخلاف على ما ذكره من التفصيل ولكن عبارته المنقولة خالية عنه، بل لا فرق بين ما كانت الأرض عند المحيي الأوّل بالاحياء وبين ما كان منتقلاً إليه بالعطيّة ونحوها في عدم كونها باقية في ملك الأوّل، لا لقوله (عليه السلام) « من أحيى أرضاً فهي له »(٢) كما تمسّك به بعض القائلين بالقول الثاني بداهة أنّ قوله (عليه السلام) « من أحيى » الخ إنّما هو فيما إذا لم يسبقه إليه ملك شخص آخر ولم يكن متعلّقاً لحقّ أحد في زمان من الأزمنة حيث إنّ مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام): « فهي له » أنّ الاحياء يوجب الملك أو الحقّ حدوثاً وبقاءً حتّى بعد موت الأرض وتركها، وعليه فيكون إحياء الثاني لها إحياء لملك الغير أو متعلّق حقّه وهو غير جائز وضعاً وتكليفاً بمقتضى ما ورد من أنّه « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(٣) الحاكم على سائر الأدلّة ومنها دليل الاحياء، بل إنّما نقول بكون الثاني أحقّ أو مالكاً للأرض بالاحياء لأجل صحيحتين:

الأُولى: صحيحة معاوية بن وهب قال « سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمّرها فإنّ عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثمّ جاء بعد يطلبها فإنّ الأرض لله ولمن عمّرها »(٤) بداهة أنّ هذه الصحيحة باطلاقها تشمل موارد الاحياء والعطية خصوصاً قوله (عليه السلام) « فإنّ الأرض » الخ لأنّه بمثابة

---

(١) الجواهر ٣٨: ٢٠.

(٢) الوسائل ٢٥: ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب١.

(٣) الوسائل ٥: ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير).

(٤) الوسائل ٢٥: ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح١.

عموم التعليل.

الثانية: صحيحة الكابلي عن أبي جعفر (عليه السلام) «فإن تركها فأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها» الخ[1].

وغير خفي أنّ قوله (عليه السلام) «فإن تركها» صريح فيما ذكرناه، ولكن موردها الاحياء ولا يمكن التعدّي إلى غير موارد الاحياء من الموارد التي تكون الأرض عند الأول بالعطيّة ونحوها، إلّا أنّ في الصحيحة الأُولى غنى وكفاية.

ولكن في المقام صحيحة أُخرى لسليمان بن خالد قال «سألت أبا عبدالله عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمّرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال (عليه السلام): الصدقة. قلت فإن كان يعرف صاحبها قال (عليه السلام) فليؤدّ إليه حقّه»[2] تدلّ باطلاقها على بقاء ملك الشخص الأول أو كونه أحقّ بها من الثاني، وروي مثلها عن الحلبي، فربما يقال إنّ صحيحة سليمان وصحيحة الحلبي تقيّدان برواية الكابلي الدالّة على سقوط حقّ المحيي أو ملكه باحياء الشخص الثاني فإذن تنقلب النسبة التي كانت بين صحيحة سليمان وصحيحة معاوية بن وهب من التباين والمعارضة إلى المطلق والمقيّد، فتقيّد رواية معاوية برواية سليمان فيكون ما فصّله العلّامة (قدّس سرّه) على القاعدة، لأنّه بعد تقييد رواية سليمان والحلبي بموارد غير الاحياء برواية الكابلي تكون رواية سليمان والحلبي بالنسبة إلى رواية معاوية من قبيل المقيّد إلى المطلق، فتقيّد رواية معاوية برواية سليمان والحلبي، وهذا الكلام وإن كان موافقاً لما حقّقناه في التعادل والترجيح من صحّة انقلاب النسبة، إلّا أنّه في

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٢.

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١٥ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٣.

المقام يرد عليه أمران :

أحدهما : أنّ المفصّل بين الاحياء وغيره إن كان مراده من غير الاحياء أن يكون كذلك حتّى مع الواسطة فلابدّ من حمل روايتي سليمان والحلبي على الموارد النادرة ، لأنّه غير خفي أنّ تملّك الأرض أو ثبوت الأحقّية فيها بغير الاحياء ولو بواسطة نادر جدّاً ، ضرورة أنّ فرض كون الأرض مملوكاً لأحد بغير الاحياء بل بتمليك من الإمام (عليه السلام) قليل جدّاً ، وإن كان مراده من غير الاحياء حالة المالك الأخير من دون نظر إلى الوسائط فهو وإن كان شائعاً وصحيحاً إلّا أنّه لابدّ من حمل رواية معاوية على الفرد النادر وهو ما إذا تملّك الأرض بالاحياء بنفسه بلا واسطة ، وحمل المطلق على الفرد النادر غير جائز كما حقّقناه في موطنه ، فلازم انقلاب النسبة حمل أحد الاطلاقين على الفرد النادر وهو كما ترى .

وثاني الأمرين وهو المهمّ : أنّ المقام ليس من قبيل انقلاب النسبة بل داخل في كبرى ما ذكرناه في باب التعادل والترجيح[1] من أنّه إذا ورد عام مثل أكرم العلماء ثمّ ورد خاص مثل لا تكرم من يرتكب المعاصي ثمّ ورد خاص آخر أخصّ من المخصّص الأول مثل لا تكرم من يرتكب الكبائر من المعاصي فلابدّ من تخصيص العام بكل واحد من المخصّصين الراجع إلى تخصيصه بأوسع المخصّصين ، لا أنّ العام يخصّص أوّلاً بالمخصّص الضيّق ثمّ تلاحظ النسبة بينه وبين المخصّص الأوسع فتنقلب النسبة ، وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل بداهة أنّ رواية سليمان والحلبي واردتان في موارد الأراضي الخربة أعم من أن يكون الخراب مستنداً إلى صاحب الأرض وباختياره أو لم يكن مستنداً إليه كما إذا أخذها الجائر وحبسها أو منع عن إحيائها ورواية الكابلي وكذا رواية معاوية واردتان في موارد استناد الخراب إلى صاحب

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ٤٧٣ .

الأرض كما يستفاد هذا المعنى من قوله (عليه السلام) في رواية معاوية « فإن كانت أرض رجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها » ومن قوله (عليه السلام) في رواية الكابلي « فإن تركها وأخربها » الخ إلّا أنّ الثاني أخصّ من الأول لاختصاصه بموارد الاحياء وهما أخصّ من روايتي سليمان بن خالد والحلبي ، فلابدّ من تخصيصهما بكل واحد من روايتي الكابلي ومعاوية ، فتكون النتيجة زوال حقّ الأول بالترك الاختياري سواء كان حقّه ثابتاً فيها بالإحياء أو بغيره من الأسباب .

ولا يخفى أنّ الظاهر أنّ الأراضي بتمامها لا تملك بل يكون محييها أحقّ بها من غيره ، فعند تركها وبقائها خربة فلغيره من الأشخاص أن يعمّروها كما أفتى به جماعة من المحقّقين (قدّس سرّهم) لعدم كونه تعالى راضياً ببقاء الأرض خربة كما يدلّ عليه بعض الروايات مثل رواية يونس عن العبد الصالح قال قال (عليه السلام) « إنّ الأرض لله جعلها وقفاً على عباده فمن عطّل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علّة أُخذت من يده ودفعت إلى غيره »[1] وروايته الأُخرى عن رجل عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : من أُخذت منه أرض ثمّ مكث ثلاث سنين لا يطلبها لا يحلّ له بعد ثلاث سنين أن يطلبها »[2] نعم هذه الروايات لا تخلو عن إشكال من حيث السند فراجع .

ثمّ إنّ الأراضي التي تكون في يد الكفّار إن كانت في أيديهم في دار الكفر فلا إشكال في كونها باقية في أيديهم ملكاً أو حقّاً على الخلاف ، كما أنّها كذلك إذا كانت في دار الإسلام بناءً على ما ذكرناه من عدم اختصاص الاحياء بالمسلمين بل يعمّ الكفّار ، كما أنّ الأمر كذلك لو أسلموا طوعاً يعني تبقى الأرض في أيديهم ، وأمّا

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٣٣ / كتاب إحياء الموات ب١٧ ح١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٣٤ / كتاب إحياء الموات ب١٧ ح٢ .

الأراضي التي انجلوا عنها وخلّوها للمسلمين والأراضي التي مات أهلها ولم يكن لهم وارث فهي من الأنفال وملك للإمام (عليه السلام) بلا إشكال ولا خلاف ، وأمّا الأراضي التي أُخذت منه بالقهر والغلبة فهي ملك للمسلمين فتوى ونصّاً إلّا أن يملّكها من في يده أُمور المسلمين ومن هو مأذون من قبل الأئمّة (عليهم السلام) في هذه التصرفات كالسلطان الجائر وقد تعرّضنا لهذا في آخر بحث المكاسب المحرّمة(١) وهي التي تسمّى بالأراضي المفتوحة عنوة .

وهنا قسم آخر لم يذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهي عبارة عن الأراضي التي صالحوا عليها مع والي المسلمين وتسمّى هذه بالأراضي الصلحية تارة والخراجية أُخرى ، وهي تكون تابعة لكيفية المصالحة فإن صولحوا على أن تكون الأراضي ملكاً لهم ويؤدّون الخراج كانت مملوكة لهم وإن صولحوا على أن تكون الأراضي ملكاً للمسلمين فكذلك ، والكلام الآن في الأراضي المفتوحة عنوة والبحث عنها يقع في مقامين ، الأوّل : أنّه هل تملك تلك الأراضي بأحد أسباب الملك أم لا . المقام الثاني : أنه مع قطع النظر عن المقام الأول هل يجب أداء الخراج على من في يده تلك الأراضي أم لا .

أمّا الكلام بالنسبة إلى المقام الأول : فالظاهر عدم جواز التملّك بوجه من الوجوه بل هي باقية في ملك المسلمين ، وتدلّ عليه روايات وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(٢) جملة منها ، وفي رواية أبي بردة المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال (عليه السلام) « ومن يبيعها هي أرض المسلمين ، قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثمّ قال : لا بأس اشترى حقّه منها ويحوّل حقّ

---

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٨١٥ ، ٨١٧ وما بعدها .

(٢) المكاسب ٤ : ١٩ .

المسلمين عليه ولعلّه يكون أقوى » الخ[1] وغير ذلك من الروايات الواردة في هذا الباب المستفاد منها عدم جواز تملّك الأراضي من حيث رقبتها بل يملك المشتري على النحو الذي كان للبائع ، ومن راجع روايات الباب يجد في نفسه صدق ما نقلناه ويترتّب عليه عدم ترتّب آثار المسجد على المساجد التي تحدث فيها ، وعدم ترتّب آثار الوقف وغير ذلك من الأُمور التي يعتبر أن يكون في ملك ، ولا فرق بين رقبة الأرض وبين أجزائها المنفصلة كترابها فلا يجوز بيعها بعد جعله كوزاً أو آجراً أو غير ذلك من الأشياء إلّا إذا اقتضاه تعمير الأرض كما لو حفر بئراً أو سرداباً وألقى ترابها إلى الخارج فإنّه حينئذ لا يعدّ من الأرض بل يعدّ من منافعها فيجوز تملّكه .

ثمّ إنّ الشيخ (قدّس سرّه) ذكر من جملة الروايات في المقام رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي وفيها « وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أنّ أُناساً من أهل الذمّة نزلوها أله أن يأخذ منهم أُجرة البيوت إذا أدّوا جزية رؤوسهم ؟ قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال »[2] ولكن لم نفهم أي ربط لها بالمقام ، لأنّ محلّ كلامنا الاستدلال على عدم جواز تملّك تلك الأراضي لا جواز أخذ الأُجرة على البيوت بالشرط ، بل يمكن أن يقال بدلالة صدر الرواية على جواز الشراء فتأمّل . كما أنّ مرسلة حمّاد[3] التي ذكرها (قدّس سرّه) مشتملة على أُمور لم يلتزم بها أحد مثل وجوب أداء الزكاة قبل تقسيم الزرع بين الشركاء « قال (عليه السلام) وليس لمن قاتل شيء من الأرضين ـ إلى أن قال (عليه السلام) ـ

---

(١) الوسائل ١٥ : ١٥٥ / أبواب جهاد العدو ب ٧١ ح ١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٧٠ / أبواب عقد البيع ب ٢١ ح ١٠ .

(٣) الوسائل ١٥ : ١١٠ / أبواب جهاد العدو ب ٤١ ح ٢ .

فيؤخذ ما بقي بعد العشر[١] فيقسّم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض » بداهة أنّ الأرض لمّا لم تكن ملكاً لزارعه فلابدّ وأن تكون الزكاة بعد القسمة وإعطاء كل حصّته فعليه ربما لا يتعلّق زكاة بالزرع بعد القسمة لعدم بلوغه حدّ النصاب فافهم .

وأمّا المقام الثاني : فقد قيل بعدم وجوب الخراج في زمان الغيبة ، وقد قيل بعدمه بالنسبة إلى خصوص الشيعة لأجل أخبار التحليل ، وقد قيل بعدم وجوبه في حقّ من يستحق أُجرة هذه الأرض كما ورد في بعض الأخبار من قوله (عليه السلام) « أنّ لك نصيباً في بيت المال »[٢] إلّا أنّ كلّها بعيد عن الصواب ، بل الحقّ وجوب الأداء . مضافاً إلى وروده في الرواية كما قال (عليه السلام) في رواية أبي بردة « يصنع بخراج المسلمين ماذا »[٣] فمن يدّعي عدم وجوب الأداء لابدّ له من إقامة دليل بداهة أنّه كيف يتصرف في ملك الغير بلا أُجرة ، ولا منافاة بين وجوب الأداء وبين جواز أخذه بعد الأداء من نائب الإمام (عليه السلام) أو ممّن هو مأذون من قبله في هذه الموارد كالسلطان الجائر .

وأمّا دعوى السيرة القطعية على بيع الأجزاء الخارجة من أرض العراق ونحوها وبيع نفس الأراضي فهي وإن كانت صحيحة إلّا أنّه لم يعلم كونها في الأراضي الخراجية ، لأنّه لم يتميّز إلى الآن الأراضي المفتوحة عنوة عن غيرها بالخصوص ، بل هي جارية في الأراضي المشكوكة التي لا يُعلم كونها مفتوحة عنوة ، وكيف كان لا نعلم بكون الأراضي الموجودة من الأراضي المفتوحة عنوة

---

(١) في المصدر بدل فيؤخذ ما بقى بعد العشر « ويؤخذ بعد ما بقي من العشر » .

(٢) الوسائل ١٧ : ٢١٤ / أبواب ما يكتسب به ب٥١ ح٦ (مع اختلاف يسير) .

(٣) تقدّم مصدره آنفاً .

لاحتمال أن تكون من الأراضي التي كانت مواتاً فأحياها شخص أو كانت من المفتوحة عنوة وقد ملكها الإمام (عليه السلام) أو أحد خلفاء الجور ، أو كانت من الأراضي الصلحية التي هي باقية في يد الكفّار مع إعطاء جزية رؤوسهم ، أو كانت من الأراضي التي أسلم أهلها طوعاً ، ومع هذه الاحتمالات كيف يمكن إثبات أنّ الأراضي التي يتداول بيعها وشراؤها في زماننا من الأراضي المفتوحة عنوة ، واليد أمارة الملك فيحكم بكونها ملك من كانت في يده .

وأمّا دعوى العلم الاجمالي بكون بعض تلك الأراضي من المفتوحة عنوة فإن كانت أطرافه في مورد الابتلاء بالمعنى الذي ذكرنا في محلّه بأن يكون قادراً على بيع كل واحدة واحدة من الأراضي بالخصوص ، فلا مانع معها من القول بعدم جواز البيع والشراء ، وأمّا مطلق العلم الاجمالي بوجود الأرض الخراجية في بين هذه الأراضي فلا يضرّ بعد خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء كما أنّ العلم الاجمالي بوجود دار وقف في النجف أو بوجود دار مغصوبة في النجف لا يمنع عن جواز بيع الدور وشرائها في النجف .

بقي في المقام شيء قد تعرّضنا له في آخر المكاسب المحرّمة[1] وذكره الشيخ (قدّس سرّه)[2] في المقام : وهو أنّ الأراضي التي كانت محياة حين الفتح لو عرض لها الخراب هل يجوز إحياؤها وتملّكها بالاحياء بناءً على إفادة الاحياء الملكية ، أو يثبت الأحقّية بناءً على إفادة الاحياء الأحقّية وعدم جواز مزاحمة الغير له ؟ ذهب الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) إلى جواز الإحياء لعموم أدلّة الاحياء

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٨٣٠ ـ ٨٣٢ .
(٢) المكاسب ٤ : ٢٧ .

وخصوص رواية سليمان بن خالد[١].

وفيه : أنّه قد ذكرنا أنّ أدلّة الاحياء منصرفة عن هذه الموارد إلى الموارد التي لا يسبقها ملك مسلم أو لم تكن متعلّقة لحقّ الغير ، والمفروض أنّ الأرض كانت من المفتوحة عنوة وملكاً للمسلمين وخروجها عن ملكهم يحتاج إلى دليل ، وتلك الأخبار أي أخبار الاحياء منصرفة عن هذه الموارد . وأمّا ما ذكره (قدّس سرّه) من خصوص رواية سليمان بن خالد فالظاهر أنّه سهو من قلمه الشريف ، بداهة أنّ تلك الرواية تدلّ على عكس المقصود ، لأنّ الإمام (عليه السلام) بعد سؤال الراوي « فإن كان يعرف صاحبها » قال (عليه السلام) « فليؤدّ إليه حقّه » ضرورة أنّ الإمام (عليه السلام) قد أمر بأداء الحقّ إلى صاحبه والمفروض أنّ الأرض كانت ملكاً للمسلم وبمقتضى هذه الرواية لابدّ من ردّ الأرض إلى ملك المسلمين .

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٥ / كتاب إحياء الموات ب٣ ح٣ .

الكلام في اشتراط كون العوضين ملكاً طلقاً

قد ذكروا من الأُمور المعتبرة في العوضين أن يكونا ملكاً طلقاً ، وفرّعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وأُمّ الولد في غير الموارد المستثناة ولا الرهن إلّا بإذن المرتهن ، وأيضاً فرّعوا عليه عدم جواز بيع ما يكون متعلّقاً لحقّ كما إذا كان الشيء متعلّق النذر أو الحلف أو كان متعلّقاً لخيار البائع أو المشتري . وقد تعرّض الشيخ (قدّس سرّه)(١) للموارد الثلاثة التي ذكرناها أوّلاً . والمراد من الطلق أن يكون المالك مستقلاً في التصرف في ماله بأي نحو أراد .

وذكر الشيخ (قدّس سرّه) أنّ هذا الشرط لا محصّل له وقال : فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأُمّ الولد الخ .

وذكر الميرزا (قدّس سرّه)(٢) أنّ مراد الأعاظم من هذا الشرط كون المالك تام السلطنة وعدم كونه ممنوعاً عن التصرف إمّا لقصور في المقتضي كما في الوقف وإمّا لوجود المانع كالرهانة والاستيلاد .

ولكن الحقّ ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من عدم كون عنوان الطلقية من

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٩ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٧٣ .

الشرائط بل الشرط هو عنوان عدم الوقفية والرهانة على القول بكونها مانعة عن البيع إلّا بإذن المرتهن، ويشترط أيضاً عدم كونه أُمّ ولد، وبعبارة واضحة أنّه لا مانع من صحة البيع في ملك إلّا مع الدليل على عدم جوازه، ففي كل مورد دلّ الدليل على عدم جواز البيع مثل الوقف ونحوه فنتعبّد به وإلّا فلا مانع من جواز البيع، وعنوان الطلقية منتزع من الموارد الخاصّة التي ورد فيها المنع عن البيع.

الكلام في بيع الوقف

المشهور بل المتسالم عليه عند الفقهاء عدم جواز بيع الوقف في غير الموارد المستثناة، والدليل عليه قوله (عليه السلام) «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[١] وفي بعض النسخ على حسب ما يوقفها أهلها، إلّا أنّ الأول أصحّ لأنّ الوقف يستعمل متعدّياً أيضاً. وبديهي أنّ الواقف نظره إلى انتقال ما وقفه إلى الموقوف عليهم بطناً بعد بطن أو انتفاع عامّة الناس منه إذا كان الوقف عاماً من دون أن تكون نفس العين الموقوفة داخلة في ملك أحد من الموقوف عليهم، وقد أمضى الشارع هذا النظر والعقد من الواقف بالأدلّة العامّة مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وبالأدلّة الخاصّة مثل ما ذكرناه من قوله (عليه السلام) «الوقوف» الخ.

ولا يخفى أنّ مرادنا من عدم جواز البيع وضعاً هو البيع الخارجي كما سيجيء الكلام فيه[٢] عند التعرّض للاختلاف الذي بين الشيخ (قدّس سرّه) وصاحب الجواهر (قدّس سرّه).

وممّا استدلّ به أيضاً رواية أبي علي بن راشد قال «سألت أبا الحسن (عليه

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٧٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب٢ ح٢.

(٢) في الصفحة ٢٥٧.

السلام) قلت جعلت فداك إنّي اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلمّا وفّرت المال خُبّرت أنّها وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك ادفعها إلى من أُوقفت عليه. قلت: لا أعرف لها ربّاً، قال: تصدّق بغلّتها »[1] والمراد من الغلّة لابدّ وأن يكون منافع الأرض الموقوفة التي تخرج من الأرض من دون زارع وليس المراد منه الزرع الذي يزرعه المشتري قطعاً بداهة أنّ الغلّة للزارع في موارد كون الأرض غصباً غاية الأمر يكون عليه أُجرة الأرض فما ظنّك فيما إذا كان مشترياً جاهلاً بوقفيّتها، وكيف كان يستفاد من قوله « لا يجوز شراء » الخ صريحاً عدم جواز بيع الوقف وشرائه.

ومن الروايات التي استدلّ بها في المقام: ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) مثل ما عن ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله (عليه السلام) في صورة وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) « بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب (عليه السلام) وهو حي سوي تصدّق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب »[2] الخ، والظاهر كون الوصف صفة للنوع يعني أنّ قوله (عليه السلام) « لا تباع ولا توهب » صفة لقوله (عليه السلام) « صدقة » التي هي المفعول المطلق النوعي بمعنى أنّ هذه الأوصاف معرّف لقسم من الصدقة الذي يكون كذا وهو الوقف، ولا ينافي هذا جواز البيع في بعض الموارد كما سيجيء لأنّه (عليه السلام) أراد بهذا الكلام أن يشير إلى نوع من الصدقة الذي يكون في نفسه وبطبعه هكذا وهو لا ينافي جواز البيع عند طروّ مسوغاته كما إذا قال المولى لحم الأرنب أو الأسد حرام ولا ينافي ذلك كونه حلالاً للضرورة أو التداوي مثلاً

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح١ .

(٢) نفس المصدر ح٤ .

وللصدقة قسم آخر لا إشكال في جواز بيعه ونحوه مثل الزكاة ونحوها ، بداهة أنّه لا إشكال في جواز بيع ما أعطي من جهة الزكاة للفقراء وغير ذلك من الصدقات وكيف كان لا صدقة في الشريعة المقدّسة متّصفة بصفة أن لا تباع ولا توهب إلّا الوقف .

والحقّ كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)(١) من كون الوصف صفة نوع الصدقة وما استفاده بعض(٢) من أنّ الشيخ (قدّس سرّه) يقول بكون الوصف قيداً توضيحياً ومؤكّداً لمعنى الوقف ، ثمّ اعترض عليه بأنّ الوصف قيد احترازي ، غير سديد بداهة أنّ مراد الشيخ أيضاً كون الوصف احترازياً وكون توصيف الصدقة بأنّها لا تباع ولا توهب معرّفاً لنوع خاصّ من الصدقة الذي هو عبارة عن الوقف ، وأمّا احتمال أن يكون شرطاً خارجياً بأن يكون معناه أنّ علياً (عليه السلام) تصدّق بداره التي في بني زريق صدقة واشترط في ضمن عقد الصدقة أن لا تباع ولا توهب فهو خلاف الظاهر .

واحتمال أنّه لا يمكن أن يكون شرطاً خارجياً لا من جهة كونه خلاف الظاهر بل من جهة أنّ اشتراط عدم البيع على الاطلاق مخالف للشرع من جواز بيعه في بعض الموارد فعليه يكون شرطاً فاسداً ومفسداً للعقد ، غير سديد .

وقد أجاب الشيخ (قدّس سرّه) عنه أوّلاً : بأنّ هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدّم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر . وثانياً : بأنّ هذا التقييد ممّا لابدّ منه حتّى على تقدير كون الصفة صفة لنوع الصدقة . وثالثاً : بأنّه من المحتمل علم الإمام (عليه السلام) بعدم عروض مسوغات البيع .

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٤ .

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٤٣٨ .

ولكن الجواب المتين أن يقال : إنّ الشرط إن كان راجعاً إلى عدم جواز البيع من دون نظر إلى وقوع البيع فهو غير سديد لعدم كون هذا مقدوراً للواقف وتحت اختياره ، لأنّ جواز البيع وعدمه بيد الشارع فله أن يحكم بالجواز في مورد وعدم الجواز في مورد آخر وبديهي أنّه لابدّ وأن يكون متعلّق الشرط مقدوراً ، كما أنّ اشتراط عدم الإرث أيضاً كذلك يعني غير مقدور بل هو وعدمه تابع لحكم الشارع بالارث وعدمه ، وإن كان متعلّق الشرط عدم وقوع البيع خارجاً لا أنّه لا يجوز فلا مانع من اشتراطه على نحو الاطلاق ، وليس هذا مخالفاً للمشروع لأنّه لا ينافي جوازه شرعاً . نعم ينافي وجوبه فلو وجب البيع في مورد كما إذا كان عدم بيع الوقف مؤدّياً إلى قتل النفس بين الموقوف عليهم يكون الشرط باطلاً .

وظهر من جميع ما ذكرناه : عدم جواز بيع الوقف بطبعه بالروايات ما لم يعرض عليه ما يجوّز بيعه ، فما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بقوله وممّا ذكرنا ظهر أنّ المانع عن بيع الوقف اُمور ثلاثة حقّ الواقف وحقّ الله سبحانه وحقّ الموقوف عليهم فمضافاً إلى أنّه لم يتقدّم شيء في كلامه (قدّس سرّه) يدلّ على مانعية هذه الاُمور الثلاثة عن البيع ، بل الدالّ على عدم جواز البيع الروايات الواردة في المقام كما ذكرنا بعضها ، يرد عليه أنّ كونه متعلّقاً لحقّ الله تعالى حيث يعتبر فيه التقرّب على فرض تسليم مقالة اعتبار التقرّب ولا نقول به لا يكون مانعاً عن البيع لعدم الدليل عليه مع قطع النظر عن الروايات المانعة عن بيع الوقف ، وأمّا تعلّق حقّ الموقوف عليهم به فهو أيضاً لا محصّل له ، بداهة أنّ حقّ البطون المتأخّرة موقوف على وجود العين الموقوفة وبانتقال العين يكون سالبة بانتفاء الموضوع ، كما أنّ تعلّق حقّ الواقف من حيث جعلها صدقة جارية ينتفع بها الناس إلى الأبد يزول بمجرد قراءة صيغة الوقف وليس له حقّ بعد الوقف وإخراج العين عن ملكه ، وكيف كان أنّ المانع عن جواز بيع الوقف هو الروايات الخاصّة الواردة في ذلك ، وإمضاء الشارع عقد الوقف

على حسب ما يقفه أهله بالأدلّة العامّة كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا﴾ وبـالأدلّة الخـاصّة كقوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يقفها أو يوقفها أهلها[١].

فتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ مقتضى القاعدة عدم جواز بـيع الوقـف . وبعبارة واضحه : أنّ المال تارة يكون متحرّكاً وغير ساكن في يد مالكه يعني لمالكه أن يتصرّف فيه كيف يشاء ويحرّكه بحركته الاختيارية . وأُخرى يجعل ماله ساكناً وغير متحرّك وهذا عبارة عن الوقف وقد أمضى الشارع هذا الاعتبار من الواقف وكيف كان إنّ مقتضى القاعدة في الوقف عدم جواز البيع نعم دلّ الدليل بالخصوص في موارد مخصوصة على جواز بيعه ، وجواز البيع فيه على قسمين ، وذلك لأنّ جواز البيع يكون تارة بدخول الثمن في ملك البائع الموقوف عليه ، وله بعد البيع التصرف في ثمنه كتصرف الملّاك في أموالهم وأملاكهم ، وأُخرى يكون من قـبيل التـبدّل في الصورة النوعية مع بقاء الوقف على حاله كما إذا باع العين الموقوفة واشترى بثمنها شيئاً آخر . وبعبارة واضحة أنّ حقّ الموقوف عليهم يسقط عن شخص العين دون بدلها .

وكيف كان ، إنّ في المقام كلاماً بين شيخنا الأنصاري ومن تبعه من المحقّقين ومنهم الميرزا[٢] (قدّس سرّهم) وبين كاشف الغطاء[٣] وصاحب الجواهر[٤] وهو أنّ جواز البيع هل يوجب بطلان الوقف يعني بمجرد جواز البيع يكون الوقف باطلاً لأنّه قد أُخذ في مفهوم الوقف عدم جواز البيع فما دام الوقف باقياً لا يجوز بيعه ، بل يكون

(١) تقدّم مصدره في الصفحة ٢٥٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٧٨ .

(٣) شرح القواعد (مخطوط) : ٨٥ .

(٤) الجواهر ٢٢ : ٣٥٨ .

جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد ، أو أنّ الوقف عند طروّ مسوغات البيع لا يكون باطلاً بل الوقف يبطل بنفس البيع ، والأول قول كاشف الغطاء وصاحب الجواهر (قدّس سرّهما) والثاني هو الذي ذهب إليه الشيخ ومن تبعه (قدّس سرّهم) .

وقال الشيخ (قدّس سرّه)(١) إن أُريد من بطلان الوقف عند طروّ مجوّز البيع انتفاء بعض آثار الوقف وهو عدم جواز البيع وحيث إنّ النفي في النفي يوجب الاثبات فمعناه أنّه بجواز البيع يجوز البيع ، فهذا لا محصّل له فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر فضلاً عن إمعانه ، وإن أُريد من بطلان الوقف انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل عدم جواز البيع من مقوّمات الوقف بأن تدخل العين الموقوفة عند جواز بيعها في ملك مالكها ، ففيه مضافاً إلى كونه خلاف الاجماع لأنّه لم يقل أحد ممّن أجاز بيع الوقف في الموارد المخصوصة ببطلان الوقف وخروج العين الموقوفة عن الوقفية ودخولها في ملك الواقف ، أنّ عدم جواز البيع ليس من مقوّمات الوقف بل هو ثابت بالتعبّد الشرعي .

ثمّ أيّد (قدّس سرّه) ما ذكره من عدم بطلان الوقف في موارد جواز البيع بأمرين : أحدهما أنّه لا إشكال في بقاء العين على وقفيّتها لو طرأ عليها ما يوجب جواز بيعها ولكنّه لم يبع الموقوف عليهم بعد طروّ المسوّغ حتّى ارتفع وصار غير جائز البيع ومن هنا صرّح المحقّق الثاني(٢) بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حدّاً يجوز بيعه معلّلاً باحتمال طروّ اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن ، بداهة أنّه لمّا كان الرهن عبارة عن الوثيقة فلا يجوز أن يرهن ما يحتمل أن لا يكون للمرتهن والراهن عند تعذّر أداء ما أخذه من المرتهن بيعه ، ولذا منع المحقّق

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٧ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٥١ .

الثاني عن المعاطاة في الرهن وليس هذا إلّا من جهة أنّه يعتبر في الرهن أن تكون العين المرهونة وثيقة لازمة ولمّا كانت المعاطاة غير لازمة بل جائزة فحكم بعدم جواز المعاطاة في الرهن .

والثاني ما ذكره بقوله : فإنّ مدلول صيغة الوقف وإن أُخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه الخ ، وقاسه (قدّس سرّه) بالهبة الجائزة التي هي عبارة عن تمليك المتّهب المقتضي لتسلّطه المنافي لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته ، هذا عين عبارته (قدّس سرّه) .

ولكن الذي ينبغي في المقام أن يقال : إن كان المراد من بطلان الوقف بطلان أصل الوقف وخروج العين عن كونها وقفاً ودخولها في ملك واقفها فهو مقطوع العدم كما ذكر الشيخ (قدّس سرّه) ولا موجب لهذا أيضاً ولا يلتزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر (قدّس سرّهما) أيضاً . وإن أُريد منه أنّه بعد ما طرأ عليه مسوغات البيع يكون ملكاً طلقاً للموقوف عليهم ولهم التصرف كيف ما شاؤوا كتصرف الملّاك في أموالهم وأملاكهم ، فهذا لا دليل عليه ولا موجب له أيضاً ، مضافاً إلى أنّه لم يلتزم به أحد .

وإن أُريد منه بطلان الوقف من جهة البيع فقط لا من جميع الجهات بأن لا تكون هبته ولا إجارته ولا غير ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك غير البيع جائزة ، وبعبارة أُخرى أنّ ما أنشأه الواقف هو السكون من جميع الجهات حتّى من جهة البيع لكن لا يكون دليل الامضاء شاملاً للوقف من جهة المنع عن بيعه بأن يكون عدم جواز هبته ونحوها من التصرفات ممضاة غير عدم جواز البيع ، فهو كلام متين لابدّ فيه من إمعان النظر لأنّ شمول الامضاء حتّى بهذا المقدار والحكم بجواز بيعه عند طروّ مسوغات البيع من التضادّ ، بداهة أنّه لو قلنا بأنّ الشارع قد أمضى وحكم بالسكون مطلقاً ومع ذلك حكم بجواز البيع فمعناه أنّ الشارع منع عن البيع

وحكم بجواز البيع فهو شيء لا يمكن ، فما ذكره كاشف الغطاء وصاحب الجواهر متين جدّاً ولابدّ من الالتزام بما ذكراه لو كان مرادهم من بطلان الوقف ما ذكرناه .

ثمّ إنّه لا ثمرة للنزاع في المقام بل النزاع بين الطرفين علمي ، بداهة أنّ كاشف الغطاء وصاحب الجواهر والشيخ ومن تبعه من المحقّقين قائلون بعدم خروج العين عن الوقفية بمجرّد طروّ مسوغات البيع حتّى في صورة ارتفاع العذر وارتفاع المسوّغ بل ينادون بصوت واحد ببقاء الوقف على حاله في صورة عدم اتّفاق البيع وارتفاع المسوّغ ، ولكن ذهب بعض الأكابر[1] إلى جواز البيع بعد طروّ المسوّغ حتّى بعد الارتفاع سواء قلنا ببطلان الوقف بطروّ المسوّغ أو قلنا بعدمه .

أمّا في الصورة الأُولى فظاهر . وأمّا في الصورة الثانية فالمورد يكون من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص بداهة أنّه بعد طروّ المسوّغ علمنا بجواز بيع الوقف وخروجه عن تحت عموم عدم جواز بيع الوقف ثمّ شككنا بعد ارتفاع المسوغ هل بقي في حالة جواز بيعه أو أنّه لا يجوز لشمول العموم له وحينئذ نتمسّك باستصحاب حكم المخصّص ونحكم بجوازه .

ولكن الحقّ عدم جواز البيع بعد زوال مسوّغ البيع . أمّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المورد من موارد التمسّك بالعام دون المخصّص ، وذلك لأنّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً لما قبل طروّ مسوّغ البيع ولحالة طروّ المسوّغ ولما بعد زوال المسوّغ ثمّ علمنا بخروج حالة طروّ المسوّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقي من المتقدّم على طروّ المجوّز والمتأخّر منه تحت العام ، وقد ذكرنا في بحث الأُصول أنّ الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية في كونها مشمولة لعموم العام وقد ذكرنا في ذلك البحث أنّه لا فرق بين العموم الافرادي الاستغراقي كما في المقام

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٤٤٠ .

وبين العموم المجموعي من حيث التمسّك بالعام دون المخصّص ، وبديهي أنّ المقام من قبيل العام الاستغراقي لأنّ كلّ فرد من أفراد البيع محكوم بالبطلان سواء الأفراد الواقعة قبل طروّ المسوّغ أو بعد طروّه أو بعد ارتفاعه ، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام نتبعه وأمّا غيره فيكون مشمولاً لعموم العام ، وليس هذا كلّه إلّا من جهة حجّية الظهور وكونه مطابقاً للارادة الجدّية ، وكذا الكلام لو قلنا ببطلان الوقف لأنّ المراد ببطلان الوقف ليس هو خروج الشيء عن الوقفية وعوده إلى ملك الواقف، وليس مرادنا أيضاً كونه طلقاً للموقوف عليهم ، بل مرادنا من البطلان ما ذكرناه من مقالة عدم إمضاء الشارع هذا المقدار من الوقف أي جهة المنع عن بيعه فقط ، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثمّ شككنا بعد زوال العذر في جواز بيعه وعدمه نتمسّك بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه في الأوّل ، وليس المورد من موارد التمسّك بالمخصّص لما ذكرناه من أنّه لا فرق بين العموم الاستغراقي والمجموعي ، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقاً للارادة الجدّية للمتكلّم إلّا بالمقدار المعلوم ، وليس المقدار المعلوم إلّا حالة وجود المسوّغ ومجوّز البيع ، وأمّا بعد زواله فلا .

مضافاً إلى أنّه لو سلّمنا بطلان الوقف وكونه ملكاً طلقاً للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسّك بالمخصّص بل لابدّ من التمسّك بعموم أدلّة الامضاء ، لأنّ ما أنشأه الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد ، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضى كذلك ، وقد خرجنا عنه في صورة عروض المسوّغ وأمّا بعده أو قبله فنتمسّك بدليل الامضاء ولو كان مجموعياً متكفّلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذي ذكرناه فيما تقدّم ، فما ذكروه وادّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشيء على وقفيته إذا لم يبع بعد عروض المجوّز حتّى زال هو مقتضى القاعدة .

وكيف كان فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّه قد ظهر من جميع ما ذكرناه أنّ مقتضى القاعدة في الوقف عدم جواز البيع ، فلابدّ من إقامة الدليل في كل مورد يجوز بيعه بالخصوص ، ثمّ تعرّض (قدّس سرّه) تارة لموضوع جواز بيع الوقف بمعنى أنّ أيّ وقف يجوز بيعه عند طروّ المسوّغ وأي وقف لا يجوز بيعه وذكر ما ذكره العلماء في المقام من الأقوال ، وأُخرى لما هو المجوّز للبيع .

أمّا الكلام في الجهة الأُولى : فقد منع بعض عن بيع الوقف مطلقاً كما يظهر من ابن إدريس[٢] وقوّاه الشهيد (قدّس سرّه)[٣] ولكنّه لم يذهب إلى ما ذهب إليه ابن إدريس لكونه نادراً .

وفي مقابله جواز البيع مطلقاً ، وبديهي أنّ من يقول بجواز البيع إنّما يقول في غير المساجد والمشاهد . وفصّل بعضهم بين المنقطع وبين المؤبّد وقال بالجواز في الأوّل وبعدمه في الثاني . والمراد من الوقف المنقطع انقطاع الموقوف عليهم بأن يكون الموقوف عليهم أشخاصاً معدودين ينقرضون في الخارج عادة فينقطع الوقف بانقراضهم ، لا كون الوقف محدوداً بزمان لكون مثل هذا الوقف باطلاً كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وقد فصّل بعض بين المؤبّد وبين المنقطع وحكم بعدم الجواز في الثاني وبالجواز في الأول عكس ما قبله ، ولعلّ من يحكم بعدم الجواز في المنقطع يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف .

ويمكن في المقام تفصيل آخر بأن يفصّل بين المساجد والمشاهد وبين غيرهما

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٨ .

(٢) السرائر ٣ : ١٥٣ .

(٣) الدروس ٢ : ٢٧٩ .

من أفراد الوقف بالقول بعدم الجواز في الأول وبالجواز في الثاني ، إلّا أنّ هذا في الحقيقة ليس تفصيلاً لأنّه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد .

وقد يفصّل بين أجزاء الوقف وآلاته وبين نفس العين الموقوفة ويقال بعدم الجواز في الثاني وبالجواز في الأول .

وأمّا الكلام في الجهة الثانية : فقد ذكر بعض أنّ المسوّغ أمر واحد وهو ما إذا وقع بين الموقوف عليهم اختلاف يخاف أو يظنّ من تلف المال والأنفس ، وذكر بعض غير ذلك سيجيء الكلام فيه تفصيلاً إن شاء الله تعالى .

والكلام في الجهة الأُولى فعلاً يقع في الوقف المؤبّد وهو على قسمين : لأنّه يكون تارة مثل عتق العبد في كونه تحريراً وفكّ ملك يعني يجعل الواقف ماله محرّراً وغير قابل للملكية وهذا مثل المساجد ولذا لو غصبها غاصب لا يكون ضامناً . والظاهر أنّه لم يستشكل أحد في عدم جواز بيعه إلّا أنّ عدم جوازه ليس من جهة كونه وقفاً بل لما ذكره كاشف الغطاء[1] من أنّه لا يصحّ بيعه لا لعدم تامية الملك بل لعدم أصل الملك ، بداهة أنّه بعد جعله محرّراً لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أُعتق وصار حرّاً ، ولكنّه (قدّس سرّه) ذكر أنّه تجوز إجارته مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان مسجداً وصرف منافعها في غيره من الأوقاف ، وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه لأنّه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكاً لأحد ، والاجارة تقع في ملك مَن بعد ما فرضنا أنّه لا مالك له ، بل يمكن أن يقال إنّه بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنّه يجوز لكلّ أحد أن يتصرّف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكاً له بالاحياء .

---

(١) شرح القواعد (مخطوط) : ٨٤ .

وأُخرى لا يكون من قبيل التحرير وهو على قسمين : لأنّه قد يكون وقفاً خاصاً على أشخاص خاصّة مثل الذرية وقد يكون وقفاً عاماً على الجهة . أمّا الوقف الخاص فهو ملك للموقوف عليهم بنحو من الملكية بحيث ليس لهم التصرّف فيه مثل تصرّف الملّاك في أملاكهم . والذي يدلّنا على ذلك أي كونه ملكاً للموقوف عليهم بنحو من الملكية نفس كلمة « على » في قول الواقف وقفت عليهم ، بداهة أنّه في صورة عدم الملك لم يكن له هذا التعبير الدالّ على الضيق والضرر وليس هذا إلّا من جهة تضيّق دائرة الملكية يعني أنّهم مالكون لهذا الشيء الموقوف غاية الأمر دائرة الملكية مضيّقة عليهم ، وبالجملة إنّ نفس هذا التعبير يدلّ على الملكية وإلّا لم يكن وجه لهذا التعبير لكون رجوع المنفعة إليهم نفعاً لا ضرراً . والذي يشهد على هذا ما ذكره الفقهاء من أنّه يشترط في المبيع أن يكون طلقاً فلا يجوز بيع الوقف فاحترزوا عن بيع الوقف باشتراط كون المبيع ملكاً طلقاً لا مجرد كونه ملكاً . فالظاهر جواز بيعه عند عروض المجوّز ، لأنّ الملكية كانت تامّة لهم غاية الأمر كانت مضيّقة ، ولم يكن بيعه جائزاً لأجل المانع فإذا عرض له المجوّز يرتفع المانع ويجوز بيعه .

وأمّا القسم الثاني من الوقف وهو ما يكون وقفاً عاماً من دون أن يكون مثل المساجد في كونه تحريراً وفكّاً للملك بل هو يبقى في ملك الموقوف عليهم ، فهو على قسمين : القسم الأول ما يكون وقفاً لجهة عامّة مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمّامات والدكاكين بأن تكون منفعة هذه الأُمور راجعة إليهم ومملوكة لهم فإنّ معنى وقف هذه الأمور لهؤلاء الجماعة رجوع منفعة هذه الأُمور إليهم وكونها مملوكة لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشرة كما يجوز لهم إجارتها والانتفاع بأُجرتها .

والظاهر أنّ هذه الأُمور أيضاً ملك لهم بعين ما ذكرناه في الوقف الخاصّ من

دلالة نفس « على » في قول الواقف وقفت عليهم ، كما أنّ الظاهر أنّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوّغ والمجوّز له ، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنّه في الوقف الخاص يكون الشيء الموقوف ملكاً للأشخاص بنحو الاشاعة بخلافه في المقام بداهة أنّ الشيء الموقوف ليس ملكاً للعلماء بالاشاعة بأن يكون كلّ واحد من العلماء مثلاً مالكاً لمقدار من الوقف بنحو الاشاعة بل هو ملك للجهة . وبعبارة أُخرى أنّ دائرة الملك سعة وضيقاً تختلف بكثرة الموقوف عليهم وقلّتهم في الوقف الخاص بخلافه في هذا القسم بل هو باق على حاله على أي حال ، وكيف كان فلا فرق في جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوّز البيع .

والقسم الثاني من الوقف العام ما يكون وقفاً للعلماء أو لجميع الناس مثلاً ولكنّه على نحو ليس لهم إجارته ونحوها بأن لا تكون المنفعة راجعة إليهم مثل القسم الأول ، بل وقف عليهم لأن ينتفعوا منه مباشرة لا لأنّ يؤجر وتصرف منافعه فيهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعة في الطرق والقناطر ، وقد يعبّر عن هذا القسم في لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعة ، ولكنّه ذكرنا في موطنه أنّ مرجع هذا أيضاً إلى ملك المنفعة غاية الأمر المنفعة بالمباشرة لأنّ الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالكاً لفعل نفسه ، فهو مالك للمنفعة لكن في جهة خاصّة ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحة من باب ضيق العبارة .

وكيف كان الظاهر كون الشيء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضاً ملكاً للجهة غاية الأمر يكون ملكاً مضيّقاً والمنفعة أيضاً مملوكة ملكاً مضيّقاً ، فالفرق بين هذا القسم والقسم السابق أنّه في القسم الأول تكون العين ملكاً للجهة لكن محبوسة لا طلقاً والمنفعة تكون ملكاً لهم طلقاً فيجوز لهم المعاوضة عليها والانتفاع بثمنها وفي القسم الثاني كما لا تكون العين مملوكة للجهة طلقاً كذلك المنفعة لا تكون طلقة بل هي أيضاً محبوسة بمعنى اشتراط صرفها في جهة خاصّة وهي الانتفاع بها

مباشرة ، وليس لهم إجارته ونحوها من التصرفات الواقعة من الملّاك بل لهم أن يجلسوا في المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوّار أو المسافرون .

وكيف كان ، يدلّ على الملكية في هذا القسم كلمة « على » بالتقريب الذي قدّمناه في الوقف الخاص ، ومضافاً إلى هذا يدلّ على ما ذكرناه : السيرة المستمرّة على الضمان ففي الوقف الخاص إذا غصب أحد العين الموقوفة على الذرّية مثلاً أو شيئاً من منافعها يعتبره العقلاء ضامناً لهم ، وفي الوقف العام بكلا قسميه يعتبرونه ضامناً للجهة وليس ذلك إلّا من جهة أنّهم يعتبرون العين والمنفعة ملكاً لهم . فعليه لا مانع من جواز البيع عند عروض المجوّز ، وما ذكره الشيخ[١] والميرزا[٢] (قدّس سرّهما) من إلحاق هذا القسم بالمساجد في عدم كونه ملكاً لأحد بل فكّاً وتحريراً للملك مثل تحرير العبد لم يظهر لنا وجهه .

بقي الكلام في مثل المشاهد والحسينيات ، والكلام في هذه الأُمور يقع تارة في أرض هذه الأُمور وأُخرى في مثل الأخشاب والآجر والقنديل ونحوها من الآلات والأسباب .

أمّا الكلام في الأول ، فالظاهر أنّه يكون مثل المساجد في كونه تحرير ملك حيث يجعل الواقف الأرض وقفاً لتكون معبداً ومزاراً فتصير محرّرة مثل المساجد من جهة عدم ملاحظة تمليك أحد أو جهة من الجهات فلا يجوز بيعها أبداً .

وأمّا الكلام بالنسبة إلى الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد والحسينيات فهي تارة لا تكون إلّا لأجل الزينة وتعظيم شعائر المساجد والمشاهد

---

(١) المكاسب ٤ : ٦٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٨٠ .

مثل القناديل المعلّقة في المشاهد الشريفة وغير القناديل من الآلات الموضوعة فيها لأجل التزيين ، ومن الظاهر أنّ هذه الأُمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس في هذه الأُمور ملاحظة تمليك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهي من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجيء الكلام عن قريب إن شاء الله تعالى أنّه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوي الشعور بعد ما كانت الملكية أمراً اعتبارياً يعتبره العقلاء في هذه الموارد .

وأُخرى تكون الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد مثلاً وقفاً للمسلمين المصلّين في المسجد أو زوّار المشهد ولكنّه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعة في المشاهد المشرّفة والمساجد المكرّمة لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعبادة منها .

وثالثة يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع الناس والظاهر في هذا القسم أيضاً أنّه وقف على نفس المسجد والمشهد لا على الزوّار والمصلّين ، ويؤكّد ذلك ما هو المتعارف في إنشاء وقفه فإنّه يعبّر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا على المصلّين والزائرين ، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأُمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه في القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين في القسم الثاني .

وأمّا الكلام بالنسبة إلى الأجزاء المحدثة للمسجد كما إذا سقّف أحد سقف المسجد فالظاهر أنّه ليس مثل نفس مكان المسجد الذي قلنا إنّه تحرير ملك لا يجوز بيعه ، بل هو من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوّز ولا ينافي ذلك إجراء أحكام المسجد فيه .

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثة ، فإذن لا مانع من جواز بيعه عند عروض المجوّز لأنّه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو بابه .

ومن هنا ظهر حكم الأجزاء غير المحدثة كما إذا فرضنا أنّ أحداً بنى لنفسه داراً وبنى فيها سقفاً وأبواباً ونحوها ثمّ وقفها مسجداً ، فالظاهر أنّ وقف المجموع ينحل إلى جعل الأرض مسجداً وجعل غيره وقفاً على المسجد ، وذلك لأنّ المسجد إنّما هو اسم للفضاء والمكان وأمّا غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد ، ولذا لو انتزع وجعل في مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبة والصفا والمروة ونحوها ممّا هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ بالله انهدام الكعبة وجب الطواف حول ذاك الفضاء والتوجّه إليه في الصلاة والكون في ذلك الفضاء الخاص في الحجّ مثلاً ، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا[١] ونعم ما أفاد من أنّ المناسب للمسجدية التي هي تحرير للملك دائماً أن يتعلّق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره ، فإذن يجوز بيع حيطان المسجد وجذوعه وبابه إلى غير ذلك ممّا يتعلّق به عند طروّ المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنّها مملوكة له من غير فرق بين الصورتين .

وأمّا ثوب الكعبة فقد ورد فيه في رواية مروان « يبيع ما أراد ويهب ما لم يرد وينتفع به ويطلب بركته ، قلت أيكفّن به الميّت ؟ قال : لا »[٢] ولذا وقع الكلام في أنّه كيف يجوز بيعه مطلقاً بدون مسوغ على ما هو مقتضى إطلاق الحديث .

والظاهر أنّه ليس وقفاً أصلاً بداهة أنّه يعتبر في الوقف التأبيد ومن المعلوم أنّ ثوب الكعبة يتجدّد في كل سنة سنة ، ومن جهة عدم كونه وقفاً جوّز الإمام (عليه السلام) بيعه ، وأمّا نهيه (عليه السلام) عن التكفين به فلأجل احترام الكعبة ولذا قال (عليه السلام) ويطلب بركته ، وقد سمعنا أنّه جعل موضع في مصر وقفاً على هذا يعني

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٨٢ .

(٢) الوسائل ٣ : ٤٤ / أبواب التكفين ب٢٢ ح١ .

وقف وجعل منافعه لأن يشترى بها ثوب للكعبة في كل سنة ، فعليه لا مانع من جواز بيعه .

إذا عرفت هذا فاعلم أنّه بقيت في المقام صورة واحدة من صور الوقف وهي عبارة عن الوقف على الموقوفات مثل الحمّامات والدكاكين الموقوفة على المسجد والمدرسة ونحوهما ، والظاهر أنّ هذه الأمور ملك لنفس المسجد ونحوه والمالك لهذه الأُمور هو المسجد والمدارس والمشاهد .

لا يقال : إنّ المدارس والمساجد والمشاهد ليس فيها شعور حتّى تكون مالكة لهذه الأُمور . فإنّه يقال : إنّه لا يعتبر أن يكون المالك ذا شعور بعد ما كانت الملكية من الأُمور الاعتبارية ويعتبرها العقلاء أيضاً في هذه الموارد ، ويترتّب عليه أنّ المنافع التي تحصل من تلك الأُمور تكون ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة ونحوهما نظير ما يكون وقفاً على الكلّي أو الذرّية كما إذا فرضنا أنّ دكّاناً كان وقفاً على العلماء أو الذرّية فكما أنّ منافع تلك الأُمور تكون ملكاً طلقاً لهؤلاء الجماعة كذلك تكون منافع هذه الأُمور ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة وللمتولّي أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحاً بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشتري بمنافع هذه الأُمور شيئاً ويجعله وقفاً على نفس المسجد مثلاً ، نعم لابدّ في جواز بيع نفس الموقوف على الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم .

الجهة الثانية من الكلام : في صور جواز بيع الوقف **الصورة الأُولى :** عروض الخراب للوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به إلّا بالبيع ، والمدار في جواز البيع عروض عدم إمكان الانتفاع من العين الموقوفة ، سواء كان عدم إمكان الانتفاع لأجل عروض الخراب عليها كحصير المسجد إذا اندرس مثلاً ، أو كان مع بقاء نفس العين أيضاً كما إذا فرضنا شخصاً وقف داراً جديدة في بلد لذرّيته طبقة بعد طبقة وجيلاً بعد جيل إلى أن يرث الله الأرض وفرضنا أنّ أهل تلك القرية قد تفرّقوا ولم

يمكن الانتفاع من تلك الدار لا بالسكنى ولا بالاجارة لأنّ المفروض تفرّق أهل القرية نعم يمكن الانتفاع ببيعها للزرع مثلاً وتبديلها بدار اُخرى في غير هذا المكان إذا عرفت هذا يقع الكلام في هذا المقام في أمرين : الأول عدم المانع من البيع . والثاني وجود المقتضي للبيع ، وشيخنا الأنصاري[١] أيضاً قد تعرّض للأمرين في المقام .

فأقول اتّكالاً على الله أمّا الكلام في الأول : فبديهي أنّ الاجماع الذي كان موجوداً في أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف ليس موجوداً في المقام لو لم يكن موجوداً على جواز البيع ، ولا أقل من كون جواز البيع في المقام من المعروف والمشهور .

وأمّا رواية أبي علي بن راشد[٢] الواردة في اشتراء الأرض الخربة التي قد عمّرها المشتري ثمّ علم أنّها وقف وسأل من الإمام (عليه السلام) حكمها وأجاب (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك » منصرفة عن الموارد التي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وواردة في الموارد التي يمكن الانتفاع منها مع بقاء عينها ، وتوهّم أنّ الرواية باطلاقها تشمل الأراضي التي خربت ويمكن الانتفاع منها بالعمارة مثلاً والأراضي التي لا يمكن الانتفاع بها لأنّ المناط هو جواب الإمام (عليه السلام) وهو عام ومطلق بالنسبة إلى جميع الموارد ، في غير محلّه لأنّ الناقد البصير والعارف بأُسلوب الكلام يفهم من ظاهر الكلام أنّ مراده (عليه السلام) من عدم جواز البيع إنّما هو فيما إذا كان الانتفاع ممكناً مع بقاء العين الموقوفة كما لا يخفى .

---

(١) المكاسب ٤ : ٦١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح١ .

وأمّا قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يقفها أو يوقفها أهلها[١] فهو أيضاً لا يشمل المقام بالبيان الذي ذكرناه في خبر أبي علي بن راشد من أنّه منصرف إلى موارد جواز الانتفاع بها مع بقاء عينها وقلنا إنّ معنى الوقف عبارة عن حبس العين وتسبيل المنفعة ، والمفروض أنّ هذا المعنى لا يمكن في المقام إلّا مع البيع وتبديل العين بشيء آخر كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى ، فالعين ليست محبوسة عن البيع حتّى بحسب جعل الواقف ، فلا يكون جواز البيع منافياً لقوله (عليه السلام) : « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » .

وما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بقوله : وأمّا قوله (عليه السلام) « الوقوف على حسب » الخ فلا يدلّ على المنع هنا لأنّه مسوق لبيان كيفية المصرف في الوقف من أنّ الواقف لو وقفه على جهة لابدّ من صرف منافعها في تلك الجهة ، لا يمكن المساعدة عليه أمّا أوّلاً : فإنّ هذا الكلام منافٍ لما ذكره في أوّل البحث[٢] من الاستدلال بهذه الرواية على عدم جواز بيع الوقف بقوله (قدّس سرّه) ما هذا لفظه : مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محقّقاً في الجملة ومحكياً ، ولعموم قوله (عليه السلام) « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » انتهى موضع الحاجة من كلامه (قدّس سرّه) .

وثانياً : أنّه لا وجه لهذا التخصيص بل هو عام يشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع غاية الأمر أنّ المقام لا يكون مشمولاً له ، لا أنّ الرواية لا تدلّ على المنع كما ذكره (قدّس سرّه) .

وثالثاً : أنّه لا مانع من شمول أدلّة الامضاء العامّة كقوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ لعدم جواز البيع في الوقف ، وقد ذكرنا أنّ عدم جواز بيع الوقف ليس من

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٧٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب٢ ح٢ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٣ .

أحكام الوقف بل هو مقوّم للوقف وداخل في إنشاء الواقف ، لأنّ الوقف كما ذكرنا مراراً عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض ومحلّ كلامنا أيضاً في الوقف المؤبّد ، هذا كلّه في الأمر الأول .

وأمّا الكلام في الأمر الثاني وهو عبارة عن وجود المقتضى للبيع : فهو ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بقوله : والحاصل وملخّص ما ذكره (قدّس سرّه) أنّ الأمر في المقام أي فيما إذا خرب الوقف ولم يمكن الانتفاع به دائر بين تعطيل العين حتّى تتلف بنفسها وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين تبديل العين الموقوفة بما يبقى وينتفع بها الكل ، والأول غير جائز قطعاً لكونه تضييعاً وتبذيراً وهو ممّا لا يرضى به الله تعالى ، كما أنّ الثاني أيضاً غير مقصود .

وتوضيح ذلك : أنّه قد ذكرنا مراراً أنّ الوقف المؤبّد عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض ، ولا فرق بين تصريح الواقف في صيغة الوقف بكلمة إلى أن يرث الله الأرض وبين عدم تصريحه بذلك ، لأنّ معنى الوقف عبارة عن هذا ، فعليه لمّا كان الواقف واحداً من العقلاء ويعلم أنّ الأشياء كلّها فانية فلابدّ وأن يكون نظره من تحبيس العين وتسبيل المنفعة أعمّ من نفس العين ومن بدلها .

وبعبارة اُخرى : أنّ نظر الواقف من تحبيس العين وتسبيل منفعتها أوّلاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعني يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانياً وبالعرض إلى بدلها ، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحبيس العين وتسبيل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى ، فليس للبطون الموجودة إتلاف نفس العين لأنفسهم بل لابدّ من تبديل العين إلى شيء يبقى وينتفع به الكل إلى أن يرث الله الأرض .

وما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام بقوله يمكن أن يقال إذا

كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم إلى آخر كلامه ، لا وجه له وذلك لأنّ المستفاد من كلامه (قدّس سرّه) هذا كون العين الموقوفة ملكاً طلقاً للبطون الموجودة التي تسقط العين عن الانتفاع بها في زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهة أنّ الواقف لم ينشئ بالوقف ملكيتين ملكية غير طلقة للبطون السابقة وملكية طلقة لمن أدرك آخر أزمنة بقاء الوقف ، بل الواقف بعد التفاته إلى أنّ العين الموقوفة غير قابلة للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقية وبماليتها بعد التلف ، لا بمعنى أنّ الواقف أوقف البدل بشخصه ليقال إنّه لم يكن ملكاً له لا حدوثاً كما هو واضح ولا بقاءً لأنّه حين المبادلة لم يكن المبدل ملكاً للواقف ولا بمعنى أنّه وقف كلّي المالية السارية بين العين الموقوفة وبدلها ، بل بمعنى أنّه وقف العين الشخصية بشخصها وبماليتها غاية الأمر حبس شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقائها وبدونه تكون المالية وقفاً في ضمن أيّ شيء كانت وليست العين حينئذ محبوسة فيجوز تبديلها ، وهذا هو السرّ في عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ ماليتها موقوفة في ضمن أيّ عين كانت ولا يجوز إتلاف المالية الموقوفة ، وأمّا توهّم أنّ البطن الموجود لا يجوز لهم الاتلاف لكونها مملوكة للبطون اللاحقة بالملكية الشأنية ففيه : أنّا لا نتعقّل الملكية الشأنية لتكون منشأة من قبل الواقف .

إذا عرفت ذلك يقع الكلام في بعض الفروع :

الأوّل : هل يكون البدل مثل المبدل في كونه وقفاً أو يصير ملكاً طلقاً للبطن الموجود فلابدّ لهم من إنشاء وقفه ؟ الظاهر أنّ مقتضى البدلية وقانون المبادلة يقتضي أن يكون البدل أيضاً وقفاً على نحو المبدل ، لما ذكرناه مراراً من أنّ الثمن يقوم مقام المثمن فعليه كما كان المثمن ملكاً غير طلق للبطون الموجودة يكون البدل أيضاً

كذلك ، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادلة أولى ممّا ذكره الشيخ (قدّس سرّه)(١) من أنّ البطن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأناً ، لأنّه لم نعرف معنىً محصّلاً لما ذكره من كون المعدوم مالكاً له شأناً لأنّ معنى هذه الكلمة أنّه لو بقيت العين يكونوا مالكين وأمّا لو لم تبق فتكون ملكيتهم سالبة بانتفاء الموضوع .

وكيف كان ، مقتضى قانون البدلية والمبادلة هو أن يكون البدل مثل المبدل في كيفية الملكية للموجودين والمعدومين وكما أنّ المبدل والمثمن كان ملكاً غير طلق للموجودين بل كان ملكاً لهم وللمعدومين من باب حبس العين وتسبيل المنفعة يكون البدل أيضاً هكذا ، والذي يوضّح هذا المعنى أنّ أحداً لو أتلف الموقوفة وصار ضامناً لبدلها يكون البدل ملكاً لهم على نحو كانت الموقوفة ملكاً لهم ، وأولى منه ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول ، لأنّ الدية حكم شرعي متأخّر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حقّ البطون اللاحقة عن الديّة بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأنّ الثمن يكون مثل المثمن في كونه قائماً مقام المثمن عند البيع . وأيضاً المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً ، مع أنّه يمكن أن يقال بعدم كون البدل قائماً مقام المبدل في الرهنية من جهة أنّ حقّ الرهنية كان متعلّقاً بالعين من حيث إنّه ملك لمالكه الأول فيمكن أن يرتفع بارتفاع ملكية المالك الأول ، إلى آخر ما أفاده فراجع فإنّه متين جدّاً .

الفرع الثاني : هل يحتاج البدل أيضاً في كونه وقفاً مثل المبدل إلى صيغة الوقف أم لا ؟ الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغة ، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجباً

---

(١) المكاسب ٤ : ٦٣ .

لأن يكون البدل وقفاً أيضاً ، وبعبارة واضحة أنّ الأمر دائر بين أن يكون البدل وقفاً بلا احتياج إلى صيغة الوقف جديداً بل يكفي في وقفيته بيع المبدل لما ذكرناه من أنّ قانون المبادلة والبيع يقتضي هذا المعنى ، وبين أن يكون ملكاً طلقاً للموجودين من البطون ، ولا يجب عليهم جعله وقفاً بداهة أنّه لو كان البدل ملكاً لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفاً بل يتصرفون فيه كتصرف الملّاك في أموالهم ، ولمّا لم يكن الأمر على الوجه الثاني لما ذكرناه من أنّه مخالف ومنافٍ لعنوان البدلية ولقانون المبادلة والبيع فلا محالة يكون على الوجه الأول يعني يكون وقفاً من دون احتياج إلى صيغة جديدة للوقف لاقتضاء قانون البدلية والمبادلة ذلك كما هو الواضح .

الفرع الثالث : أنّ حكم البدل مثل المبدل في عدم جواز بيعه إلّا بطروّ المجوّز وعروض المسوّغ ، أو أنّه ليس كذلك بل يجوز بيعه لو رأى من بيده الاختيار من الناظر والمتولّي أو الحاكم مصلحة في بيعه وتبديله إلى شيء آخر ؟ الظاهر هو الثاني لأنّ عدم جواز البيع في المبدل إلّا عند عروض المسوّغ كان مختصّاً بخصوص المبدل ولا يلزم أن يكون البدل قائماً مقام المبدل في جميع الخصوصيات الموجودة في المبدل ، وبديهي أنّ البدل قائم مقام المبدل من حيث كيفية الملكية ، يعني أنّ المبدل كما كان ملكاً غير طلق للموقوف عليهم كذلك البدل .

وبعبارة واضحة : أنّ إنشاء الواقف قد تعلّق بحبس العين وتسبيل المنفعة عند إمكان هذا المعنى وببدلها عند عدم الامكان ، يعني أنّ نظره كان إلى أن ينتفع الموقوف عليهم من بدل الموقوفة عند عدم امكان هذا المعنى من نفس المبدل ، وأمّا الانتفاع من أي بدل هل هو بدلها الأول أو الثاني أو الثالث وهكذا فهو غير ناظر إلى هذا ، فعليه لا مانع من جواز بيع البدل عند المصلحة في تبديله وإن لم يعرض له المجوّز .

ومن هنا يظهر أنّه لا مانع من تبديل العين الموقوفة في صورة عروض المسوّغ

وجواز البيع إلى ما لا يمكن أن يتعلّق به الوقف مثل الدنانير والدراهم التي لا يمكن الانتفاع بها إلّا بانعدام موضوعها ثمّ تبديلها بما ينتفع به ، لأنّه قد ذكرنا الآن أنّه لا مانع من تبديل البدل إلى شيء آخر بلا عروض مجوّز أصلاً لو كان في التبديل مصلحة فتأمّل . نعم لو قلنا إنّ قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف »[١] من أحكام الوقف لا أنّه من أدلّة الامضاء لما وقفه الواقف لا مانع من التمسّك به والحكم بعدم جواز بيع البدل أيضاً إلّا في صورة عروض المجوّز والمسوّغ مثل المبدل ، إلّا أنّه قد ذكرنا أنّ هذه الرواية أيضاً إمضاء لما أنشأه الواقف وليس حكماً تعبّدياً فلا يعمّ البدل بعدما فرضنا أنّ الواقف لم يحبسه عن البيع والتبديل ، بل يمكن أن يقال إنّ البدل بدل للمبدل الذي يجوز بيعه وبدل عنه في هذه الحالة فاذن يكون بدلاً عن الأمر الذي كان بيعه جائزاً فافهم .

الفرع الرابع : أنّه هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف أم لا ؟ قد ذكر العلّامة (قدّس سرّه)[٢] أنّه لابدّ من شراء المماثل لأنّه أقرب إلى مقصود الواقف من غيره ، وقد ذكروا هذا المعنى في باب الضمان أيضاً ، وذكر (قدّس سرّه) أنّ الشيء المضمون عند التحليل ينحل إلى أُمور ثلاثة : الخصوصيات الشخصية القائمة بنفس العين والمثل والمالية ، فلمّا لم يكن الأول بعد التلف ممكن الارجاع إلى صاحبه إمّا من باب استحالة إعادة المعدوم أو أنّ الضامن غير قادر عليه فاذن ينتقل إلى المثل وعند تعذّر ذلك أيضاً ينتقل إلى المالية ، وقد سلك (قدّس سرّه) في المقام هذا المسلك .

إلّا أنّ هذا المعنى ممنوع في المقام صغرىً وكبرىً .

أمّا صغرى ، فمن جهة عدم انضباط غرض الواقف ومقصوده بداهة أنّ

---

(١) كما في رواية أبي علي بن راشد المتقدّمة في الصفحة ٢٧٠ .

(٢) التذكرة ٢ : ٤٤٤ السطر ٣٣ .

غرضه تارة يتعلّق بنفس العين الموقوفة فقط كما إذا كان للواقف دار فأراد أن يقفها على أولاده طبقة بعد طبقة وكان غرضه ومقصوده من هذا أن تكون نفس الدار باقية في أيديهم بحيث لا يختلف عنده الحال بعد البيع بين أن يشترى بثمنه دار أُخرى أو غير ذلك من الدكاكين والعقار مثلاً ، وأُخرى يكون غرضه ومقصوده من الوقف انتفاع الموقوف عليهم .

وبعبارة أُخرى : يكون أصل مقصود الواقف من الوقف انتفاع الموقوف عليهم من الوقف من دون خصوصية للعين الموقوفة ، فعليه يكون اشتراء غير المماثل إذا كان انتفاع الموقوف عليهم منه أكثر ، أقرب إلى مقصود الواقف ، وثالثة يكون نظره من الوقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس ثمرة الوقف كما إذا وقف بستاناً لأن ينتفع الموقوف عليهم من ثمره ، فإذا دار الأمر بعد البيع بين اشتراء المماثل في بلد بعيد عن الموقوف عليهم بحيث لا يمكنه الانتفاع بنفس ثمرته بل ينتفعون من أُجرته فقط ، وبين اشتراء غير المماثل في بلد الموقوف عليهم بحيث تكون منفعته أكثر من المماثل ، يكون شراء غير المماثل أصلح من المماثل وأقرب إلى مقصود الواقف بالبداهة .

وأمّا بحسب الكبرى بعد تسليم الصغرى ، فلا دليل عليه ، وقوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ امضاء لما أنشأه الواقف ولم يكن شراء المماثل ممّا أنشأه ، نعم لو اشترط صريحاً في ضمن الوقف أنّ الوقف إذا بيع عند عروض المسوّغ ، أن يشترى بثمنه مماثل للعين الموقوفة لكان متّبعاً لأنّه شرط سائغ يشمله قوله (صلّى الله عليه وآله) « المؤمنون عند شروطهم »[1] و « الوقوف » الخ .

الفرع الخامس : أنّ المباشر للبيع هل هو المتولّي والناظر أو الموقوف عليهم

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

الموجودون أو الحاكم أو البطون الموجودة مع الحاكم ؟ الظاهر أنّ المباشر له هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شاملة لهذا أيضاً بأن يسلب الواقف سلطنة الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهة ويجعل السلطنة بيد الناظر من هذه الجهة ، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنّه لم تكن نظارته شاملة لهذه الموارد بل كان منصوباً من قبل الواقف لإصلاح الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم ، لأنّ الوقف ملك لهم والناس مسلّطون على أموالهم ، ولا وجه لأن يكون منوطاً بنظر الحاكم أيضاً .

اللهمّ إلّا أن يقال إنّ انضمام الحاكم إلى البطون الموجودة من جهة كون الحاكم وليّاً من قبل الغائبين والمعدومين من الموقوف عليهم .

ولكن هذا المعنى ممنوع ، أمّا أوّلاً : فلأنّه يمكن أن تكون الطبقة الثانية من الموقوف عليهم أيضاً موجودة كما إذا فرضنا أنّ شخصاً وقف داراً للأولاد طبقة بعد طبقة وفرضنا وجود الطبقة الثانية في زمان وجود الطبقة الأُولى كما إذا كان أولاد الأولاد موجودين عند وجود نفس الأولاد ، فعليه يكون المباشر نفس تلك الطبقة دون الحاكم ، فلا كلّية للقول بولاية الحاكم من قبل البطن الثاني لقصورهم من جهة كونهم معدومين لجواز وجودهم بل وجود البطن الثالث ، نعم يمكن دعوى كونه وليّاً من قبل الطبقة المعدومين فقط ، لكن لازم ذلك انضمام الموجودين من الطبقة المتأخّرة إلى الحاكم أيضاً ولم يلتزم به أحد .

وأمّا ثانياً : فقد ذكرنا في أوّل بحث الوقف أنّه ملك للموجودين من الموقوف عليهم من الطبقة الأُولى وليس ملكاً ولو شأناً لغيرهم من المعدومين والموجودين كما لم يتعلّق به حقّ لهم أصلاً حتّى يكون الحاكم وليّاً لهم في حفظ حقّهم ، نعم جعل الواقف لهم الملكية التقديرية بمعنى أنّهم يملكون الوقف لو انقرض البطن السابق

وهذا النحو من الملكية موجودة في الوارث أيضاً فإنّه مالك على تقدير موت المورّث مع أنّه لم يقل أحد باعتبار إذنه في بيع المورّث. فتحصّل أنّه لا وجه لاعتبار انضمام الحاكم على جميع التقادير أصلاً.

الفرع السادس: ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في ضمن الفرع السابق بقوله: والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف[١] انتهى موضع الحاجة من كلامه (قدّس سرّه) رفع في الخلد مقامه، ولكن الظاهر أنّ هذا لا يحتاج إلى بحث بل هو دائر مدار جعل الواقف في تعيينه الناظر، لأنّه تارة يجعل شخصاً ناظراً لنفس العين الموقوفة لأجل خصوصية فيها بحيث لو باع الدار مثلاً واشترى بثمنها شيئاً آخر غير الدار لا يجعله ناظراً كما إذا كان الوقف داراً وجعل لها ناظراً من المعمارين من جهة أنّه أعرف بمصلحة الدار، فعليه لو فرضنا بيعها بمجوّز واشترى بثمنها شيئاً آخر ليس للمعمار فيه شأن أصلاً، فحينئذ لا مانع من القول بسقوط نظارته عن البدل.

وأُخرى يجعله ناظراً على الاطلاق أعمّ من نفس العين الموقوفة ومن بدلها كما أنّ القرينة أيضاً موجودة على هذا لأنّه لو لم يجعل الناظر تقع المخاصمة والمشاجرة بين الموقوف عليهم في كلّ طبقة، وكيف كان أنّ المناط في هذا المقام كيفية جعل النظارة من قبل الواقف والمتّبع هو نظر الواقف كما لا يخفى.

الفرع السابع: ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في المقام بقوله (قدّس سرّه) إنّه لو لم يمكن الخ[٢] وملخّصه: أنّه إذا بيع الوقف بعد عروض المجوّز وبدّل بما لا يمكن وقفه والانتفاع به مع بقاء عينه مثل الدنانير والدراهم فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود

---

(١) المكاسب ٤ : ٦٩.

(٢) المكاسب ٤ : ٦٩.

لأنّ البدل مثل المبدل في كونه مشتركاً بين جميع البطون فلابدّ من أن يوضع عند أمين . وبعبارة واضحة أنّ البدل الكذائي لا يقاس إلى نفس المبدل من حيث جعله تحت يد الموجودين ينتفع به مع بقاء عينه ، لأنّ المفروض أنّ الانتفاع من البدل الكذائي لا يمكن إلّا مع انعدام عينه ولمّا كان البدل مثل المبدل مشتركاً بين جميع البطون فلابدّ من وضعه عند أمين إلى زمان يمكن أن يشترى به ما ينتفع به ولو مع الخيار لأن ينتفع الموجودون به ما دام لم يفسخ .

ثمّ قال (قدّس سرّه) ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته ولا يعطّل الثمن حتّى يوجد ما يشترى به من غير خيار ، ثمّ قال : إنّه لو رضي البطن الموجود بالاتّجار بالثمن وكانت فيه المصلحة جاز إلى أن يوجد ما يمكن اشتراؤه والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون لأنّه ليس مثل المنفعة بل هو جزء من الثمن فيكون مشتركاً بين الجميع ، هذا ملخّص مرامه (قدّس سرّه) ولابدّ في توضيحه من التكلّم في جهات :

الأُولى : في جواز إبدال الوقف بما لا يمكن وقفه مثل الدنانير والدراهم وربما يقال[١] بعدم جواز ذلك ، لأنّ البدل لابدّ وأن يكون مثل المبدل في كونه تحبيساً للعين وتسبيلاً للمنفعة ، ولذا قلنا بعدم احتياج البدل إلى صيغة الوقف ، وهذا المعنى لا يمكن في مثل الدنانير والدراهم .

وفيه أوّلاً : أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من مقالة عدم إمكان هذا المعنى في مثل الدنانير وإن كان متيناً إلّا أنّه لا مانع من جعل البدل ديناراً مقدّمة لأن يشترى به ما يكون قابلاً للوقف . وبعبارة أُخرى أنّه لمّا كان الغالب كون الثمن من الدنانير والدراهم فلا مانع من تبديل الوقف إلى الدينار مثلاً ليوصل به إلى اشتراء ما يمكن

---

(١) كما عن الايرواني في حاشيته على المكاسب ٢ : ٤٥٩ .

وقفه والانتفاع به مع بقاء عينه .

وثانياً : أنّه لا مانع من وقف نفس الدينار والدرهم لا ابتداءً بل في مرحلة التبديل بعد ملاحظة ما ذكرناه آنفاً من جواز بيع البدل ولو بلا عروض المجوّز وذكرنا أيضاً أنّ البدل قد وقع بدلاً عن الوقف في حال جواز بيعه ، فعليه لا مانع من جعل نفس الدينار مثلاً وقفاً بحيث لا يوهب ولا يورث ولكنّه يجوز تبديله في أي زمان أرادوا ، بأن يكون وقفاً وحبساً من جهة عدم جواز هبته وإرثه .

الجهة الثانية : في شراء ما ينتفع به مع الخيار والكلام هنا يقع في أمرين : الأول في جواز ذلك . الثاني في اعتبار إذن الموجودين ومطالبتهم بذلك . أمّا الأول : فقد أشكله بعض من حيث إنّه يعتبر في الوقف التأبيد ، يعني من مقوّمات الوقف تأبيد وتحبيس العين ، وهذا المعنى لا يمكن فيما إذا اشترى ببدل الوقف ما يكون في معرض الفسخ .

وفيه : أنّه قد ذكرنا مراراً أنّ اعتبار هذا المعنى إنّما هو في نفس العين الموقوفة ما دام يمكن الانتفاع بها وأمّا بالنسبة إلى بدلها فقد ذكرنا أنّه يجوز بيعه بلا عروض المجوّز أيضاً فراجع .

وأمّا الثاني فالظاهر أنّه لا وجه لتقييد وجوب الشراء بصورة المطالبة كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بل يجب هذا الشراء مطلقاً سواء طلب البطن الموجود أم لا لأنّ تعطيل الوقف وعدم تبديله إلى شيء يمكن الانتفاع به ولو في زمان تضييع للوقف ، وهذا المعنى مخالف لانشاء الواقف ولغرضه بداهة أنّ غرضه من الوقف انتفاع البطون من نفس العين الموقوفة عند الامكان ومن بدلها مع عدمه فعليه لابدّ من تبديل الدنانير مثلاً إلى شيء خياري يمكن الانتفاع منه مع بقاء عينه ولو كان بزمان قليل مثلاً ، لأنّ تعطيل هذا تضييع للوقف ومناف لـ« الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » من حيث تحبيس العين وتسبيل المنفعة .

الجهة الثالثة : أنّ ما ذكره الشيخ (رحمه الله) من وجوب جعل الثمن عند أمين من دون أن يعطى إلى البطن الموجود لأجل كونه مشتركاً بين المـوجودين مـنهم والمعدومين في غير محلّه ، بل لابدّ من إعطائه وجعله عند البطن الموجود لكونه ملكاً لهم فعلاً غاية الأمر الملكية الخاصّة أي التي لا توهب ولا تورث فلا وجه لجعله عند أمين ، وقد ذكرنا آنفاً أيضاً أنّ المعدومين ليسوا بمالكين فعلاً ولا حقّ لهم في ذلك ، لا من باب استحالة كون المعدوم مالكاً بل من جهة عدم شمول إنشاء الواقف وتمليكه لهم مع وجود البطن الموجود ، نعم إنّ المعدومين يكونون مالكين بعد انقراض البطن الموجود وبقاء العين الموقوفة ، ولا يخفى أنّ نظرنا إلى دفع ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من تعليله عدم جواز الاعطاء إلى الموجودين باشتراك المعدومين مع الموجودين في الوقف .

الجهة الرابعة : في اتجار الموجودين بثمن الوقف ، والظاهر جوازه إذا كان فيه المصلحة لأنّه ملكهم ، والربح يكون تابعاً للعين لأنّه جزء البدل وليس من قبيل المنافع بل من قبيل اتّساع الوقف ، فإذا اشترى بالثمن صوفاً مثلاً صار هـو بـدل الوقف فإذا بيع بثمن أعلى صار مجموع الثمن بدل الوقف ، ولا وجه لعود الربح إلى البطن الموجود ، فهو نظير تبديل الدار الموقوفة الضـيّقة بـدار وسـيعة فـإنّ الدار الوسيعة حينئذ بأجمعها تكون وقفاً .

الفرع الثامن : أنّه إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بـيعه وجعل بدله وقفاً بعين ما ذكرناه في مورد جواز بيع جميع الوقف ، كما يجوز صرف ثمنه في جزئه الآخر لو كان موجباً لزيادة المنفعة فيه ، ويجوز أيضاً صرف الثمن في وقف آخر للموقوف عليهم إذا كان ذلك الوقف محتاجاً إلى تعمير ، والمناط في جميع هذه الأُمور (أي جواز بيع بعض الوقف عند عروض المجوّز وجعل بدله وقـفاً أو صرف ثمنه في بقية الوقف أو صرفه في وقف آخر لهم) واحد وهو عبارة عمّا ذكرناه

آنفاً من أنّ نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس العين الموقوفة مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوّز بأي نحو من الانتفاع ، ولا فرق في البدل بين أن يكون عيناً قائمة برأسها وبين أن يكون خشباً أو حديداً داخلاً في بناء البعض الباقي أو بناء وقف آخر لأنّها أيضاً أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بدّلت بغيرها .

الفرع التاسع : أنّه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق للموجودين من البطون في تعمير الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا يمكن انتفاع البطن اللاحق من الوقف ، هل يجب صرفها في عمارة الوقف حفظاً للوقف عن خروجه عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة به أم لا يجب ؟

الظاهر أنّه إذا لم يشترط الواقف في ضمن وقفه إخراج مؤونة الوقف وما يحتاج إليه من جهة العمارة من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا المنافع الموجودة في تعمير الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة ، لأنّ المنفعة ملك طلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين ، فلا وجه لأن يصرف الإنسان مال نفسه في حفظ مال شخص آخر ، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع ، وهل يتوهّم أحد أنّه يجب على الجار أن يصرف ماله في وقف جاره لئلّا يكون وقف الجار ساقطاً عن الانتفاع به .

نعم لا يبعد دعوى الارتكاز في المصارف الجزئية كما إذا فرضنا أنّ الوقف احتاج في العمارة إلى صرف منفعة قليلة بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إنّ صرف المنفعة في هذه الموارد ارتكازي لجميع الناس . وبعبارة واضحة تارة يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إنّ الموجودات في هذا العالم لا تبقى بحسب طبعها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا موجب لأن يصرف الموجودون المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق لهم في تعمير الوقف لئلّا يكون الوقف ساقطاً

عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة ، وأُخرى يستند الخراب إلى الأُمور الجزئية كما إذا سقط الميزاب من سطح الدار أو حصل ثقب في سقفها بحيث لو لم يعمّر ذلك لخربت الدار بنزول المطر ولم ينتفع منها الموجودون أيضاً ، فحينئذ لا مانع من القول بوجوب التعمير لأجل ما ذكرناه من الارتكاز .

الفرع العاشر : وهو الذي رتّبه الشيخ (قدّس سرّه) على الفرع المتقدّم : أنّه لو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة ولا يمكن انتفاع البطون اللاحقة بدونها فحينئذ هل يصرف ثمن المخروب في عمارة الباقي وإن لم يكن البطن الموجود راضياً بها ، أو أنّ الأمر ليس كذلك بل لهم بيع ذلك البعض المخروب وتبديله إلى شيء آخر وجعله وقفاً لأن ينتفع به ، وحال هذا يعلم ممّا ذكرناه فاعرف .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه)(١) ذكر أنّ هنا فروعاً أُخر يستخرجها الماهر بعد التأمّل فأقول : منها ما إذا فرضنا أنّ العين الموقوفة لم تسقط عن الانتفاع بها إلّا أنّ الانتفاع بها لا يمكن في حقّ الموقوف عليهم لأنّهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكاً له . وبعبارة واضحة أنّ العين الموقوفة إذا فرضنا أنّها قد وقعت في مكان لا يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائدة أو يتملّكها السلطان ، وبديهي أنّ المناط الذي ذكرناه في جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام .

ومنها : ما إذا فرضنا أنّ الوقف ممّا يمكن الانتفاع به فعلاً إلّا أنّه لو لم يُبَع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّة قليلة بالمرّة ولا يشتريه شخص آخر في ذلك الظرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر في الجادّة ، فحينئذ أيضاً لا إشكال في جواز بيعه لأنّ

---

(١) المكاسب ٤ : ٧٠.

تعطيله يؤدّي إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمّل ، وهنا فروع أُخر تـظهر للناقد البصير .

الصورة الثانية : ما إذا خرب الوقف وسقط عن المنفعة المعتدّ بها وقد فصّل الشيخ (قدّس سرّه) في هذه الصورة بين ما إذا كانت المنفعة ملحقة بالعدم بأن تكون قليلة في الغاية بحيث تلحق بالمعدوم ، وبين ما إذا لم تكن كذلك بل كانت ممّا لا يعتدّ بها ، وحكم بجواز البيع في الأوّل لعين ما ذكرناه في الصورة الأُولى من عدم شمول أدلّة المنع من قوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ أو الاجماع المـدّعى عـلى عـدم جوازه ، ومن قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » الخ وحكم بعدم الجواز في الصورة الثانية لوجود المقتضي لعدم الجواز لوجوب العمل بمقتضى وقف الواقـف الذي هو عبارة عن حبس العين ، ولعـموم قـوله (عـليه السـلام) « لا يجـوز شراء الوقف » .

وفيه : إن كان مراده (قدّس سرّه) من المنفعة غير المعتدّ بها أن تكون مـنفعة العين مع بقائها قليلة بالنسبة إلى حالتها الأُولى كما إذا كانت منفعة الوقف قبل خرابه مثلاً في كل سنة مائة دينار والآن يستأجر بخمسين ديناراً فـهو مـلحق بـالصورة الثالثة التي ذهب (قدّس سرّه) فيها إلى عدم جواز البيع لأجل وجود المقتضي لعدم الجواز ولعدم عروض المجوّز ، بداهة أنّ قلّة المنفعة لا توجب جواز بيعه وبديهي أنّ العين لو كانت من الأول هكذا يعني كانت منفعتها قليلة لكان وقفها جائزاً حدوثاً فما ظنّك في مرحلة البقاء فتأمّل وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وإن كان مراده من المنفعة غير المعتدّ بها أنّ المنفعة الموجودة لا تعدّ في العرف منفعة لتلك العين الموقوفة مثل السرير من الحديد إذا انكسر لا يمكن الانتفاع به إلّا في بعض الموارد التي يعدّ في العرف من موارد عدم المنفعة فهو عين الصورة الأُولى لأنّ المراد بعدم إمكان الانتفاع عدم ترتّب ما يعدّ منفعة له بنظر العرف ، وكيف كان

لا وجه لهذا التفصيل .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه)[١] تعرّض بعد ذلك لأمرين ذكرهما صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[٢]: الأمر الأول ما ذكرناه آنفاً منه (قدّس سرّه) من أنّ جواز بيع الوقف لا يكون إلّا مع بطلان الوقف ، ولكنّه قد عرفت أنّ الحقّ ما ذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بالبيان الذي ذكرناه آنفاً من أنّ الوقف يبطل من هذه الجهة دون سائر الجهات من جواز هبته وإرثه ، لأنّ عدم بطلان الوقف من هذه الجهة أيضاً مع جواز البيع من التضادّ كما ذكرناه .

ثمّ وجّه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بطلان الوقف عند جواز بيعه بفوات شرط الوقف وقال : إنّ من شرائط الوقف ابتداء واستدامة كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها ، ثمّ أشكل عليه الشيخ (قدّس سرّه) بإشكالات والمهمّ منها ما ذكره (قدّس سرّه) بقوله : فإنّ الشرط في العقود الناقلة يكفي وجوده حين النقل بداهة أنّ المبيع ربما يخرج عن المالية ومع ذلك لا يخرج عن ملك المشتري .

وفيه : أنّ هذا مسامحة محضة ولا يقاس الوقف بالبيع بداهة أنّ اعتبار المالية في الملك في البيع إنّما هو لأجل النقل وفي مرحلته وأمّا بعد ذلك فلا ضرورة لأنّ الغالب في المبيع خروجه عن المالية بعد مدّة من الزمان لأنّ غالب الأشياء يخرج عن المالية في عالم الكون والفساد بالوجدان ، وغير خفي أنّ خروج الشيء عن المالية بعد ما كان له المالية عند البيع لا يكون إلّا في ملك المشتري وهذا بخلاف الوقف لما ذكرناه مراراً من أنّ قوام الوقف ببقاء العين وتسبيل المنفعة ، ولو فرضنا عدم المنفعة مع بقاء العين يكون أحد ركني الوقف مرتفعاً ، وهذا المعنى أي بقاء العين وتسبيل

---

(١) المكاسب ٤ : ٧٣ .

(٢) الجواهر ٢٢ : ٣٥٨ .

المنفعة من مقوّمات الوقف حدوثاً وبقاءً ، فما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في وجه بطلان الوقف بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً من فقدان شرط الوقف عند عدم وجود المنفعة مع بقاء العين متين جدّاً ولا يرد عليه ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من الاشكالات أصلاً .

الأمر الثاني ممّا ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في المقام : أنّ الوقف قد يبطل بانعدام عنوان الوقف كما إذا فرضنا أنّه وقف بستاناً فخرج بعد ذلك من عنوان البستانية وبقيت عرصته ، ثمّ أيّد هذا بما ذكره الفقهاء في باب الوصية من أنّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصية لانتفاء موضوعها ، ثمّ ذكر (قدّس سرّه) وجهين في أنّ الوقف بعد بطلانه هل يرجع إلى الواقف وورثته أو إلى الموقوف عليهم .

ثمّ أشكل عليه العلّامة الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان ، مضافاً إلى وجود الاجماع على عدم بطلان الوقف بانعدام العنوان ، لأنه إن أراد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله وقفت هذا البستان ، فغير خفي أنّه ليس إلّا مثل قولنا في البيع بعت هذا البستان أو وهبته فكما أنّ التمليك في البيع لا يدور مدار وجود العنوان كذلك في الوقف ، وإن أراد منه غير هذا فلم يظهر لنا ما يريده .

ثمّ قال (قدّس سرّه) إنّ تأييده بما ذكروه في الوصية في غير محلّه ، لأنّ ما ذكره من بطلان الوصية على فرض صحّة هذه المقالة في الصورة التي ذكرها (قدّس سرّه) إنّما هو قبل كون الموصى به ملكاً للموصى له وهذا أجنبي عن المقام ، بل المناسب أن يقاس المقام بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصى له فهل أفتى أحد في هذه الصورة ببطلان الوصية بعد صيرورة البستان عرصة كلّا ، ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّ ما ذكره من الوجهين ممّا لم نعرف له وجهاً الخ .

وقد فصّل الميرزا (قدّس سرّه)(١) في المقام بين زوال الصورة النوعية وبين ما يكون العنوان الزائل من قبيل العوارض وحكم ببطلان الوقف في الأول دون الثاني ، وملخّص ما ذكره (قدّس سرّه) أنّه إذا تبدّلت الصورة النوعية إلى صورة أُخرى كالنخلة الموقوفة إذا قلعت فصارت حطباً ، فغير خفي أنّ هذه المادّة الحطبية تعدّ في العرف مباينة للنخلة لأنّ النخلة في نظر العرف عبارة عن الشجرة لا المادّة المشتركة بين النخلة والحطب والخشب ، وبطلان الصورة النوعية عبارة أُخرى عن بطلان الوقف ، بخلافه فيما إذا كان الزائل من العوارض مثل الدار التي زالت عنها صورة الدارية كما إذا انهدمت وصارت عرصة ، لأنّ الوقف قد تعلّق بالدار وهي مركّبة من العرصة والبناء وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأساً لبقاء العرصة وزوال الصورة البنائية عن العرصة لا يوجب بطلان وقف العرصة . وبعبارة واضحة أنّ الوقف متقوّم بأمرين : حبس العين وتسبيل المنفعة وبانتفاء أحد الأمرين تخرج العين الموقوفة عن الوقفية ، فكما يجوز بيعها عند عدم إمكان الانتفاع بها مع بقاء العين كذلك يجوز البيع إذا لم تبق صورتها النوعية التي هي أحد ركني الوقف .

ولا يخفى أنّه يرد على ما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) ما أورده شيخنا الأنصاري (رحمه الله) على صاحب الجواهر من أنّ الوقف كالبيع لم يتعلّق بالصورة النوعية فقط بل تعلّق بالمادّة المتّصفة بالصورة الكذائية ، ولا يخفى أنّ مرادنا من المادّة ليس الهيولى بل مرادنا منها الجسم فإذا زالت الصورة النوعية تبقى المادّة متعلّقة للوقف فلا وجه لرجوع المادّة بعد الوقف إلى ملك الواقف أو الموقوف عليهم بل هي باقية على الوقفية .

(١) منية الطالب ٢ : ٢٨٥ .

وبعبارة أُخرى : هل يكون للواقف بعد وقفه حقّ ويكون الجسم ملكاً له وباقياً في ملكه من جهة كون الوقف متعلّقاً بالصورة النوعية ، أو أنه لا يبقى له حقّ وملك أصلاً ، وبديهي أنّه لا يمكن الالتزام ببقاء ملكه في الجسم كما لا يخفى لأنّ الصورة النوعية تابعة للجسم وليست من الأُمور التي تباع أو توقف مستقلّة ، بل لا فائدة لها إلّا أنّ وجودها يوجب الزيادة في القيمة كما هو الواضح ، فعليه لا وجه لبطلان الوقف بانعدام الصورة النوعية بل الوقف باقٍ على حاله بالنسبة إلى الجسم فما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) هو المتين .

الصورة الثالثة : ما إذا صارت منفعة الوقف قليلة إمّا لأجل خراب الوقف أو لأجل أمر آخر ولكنّه لا بمثابة يلحق بالمعدوم ، وقد ذهب بعض إلى جواز البيع في هذه الصورة أيضاً ، ولكن الحقّ عدم جواز البيع لوجود المقتضي لعدم البيع وهو عبارة عن وجوب العمل بمقتضى الوقف وقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » وعدم ما يصلح أن يكون مجوّزاً ومسوّغاً للبيع كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) .

الصورة الرابعة : ما إذا كان البيع أعود وأنفع للموقوف عليهم ، والظاهر أنّ عدم جواز البيع في هذه الصورة ممّا تسالم عليه الفقهاء ، نعم نسب إلى المفيد (قدّس سرّه) الجواز في هذه الصورة أيضاً ، ولكن العلّامة (قدّس سرّه) لم يرتض هذه النسبة لأجل أنّه مخالف لمقتضى القاعدة ولذا أوّل كلام المفيد (قدّس سرّه) .

والذي استدلّ به على جواز البيع في هذه الصورة روايتان : الأُولى رواية جعفر بن حيّان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أُمّه وأوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أُمّه ، فقال : جائز للذي أوصى له بذلك . قلت : أرأيت إن لم تخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلّا خمسمائة درهم ، فقال : أليس في وصيته أن يعطي

الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أُمّه . قلت نعم ، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك . قلت أرأيت إن مات الذي أوصى له ، قال : إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم ما بقي أحد منهم ، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميّت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثمّ يقسّم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة . قلت : فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة ، قال : نعم إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا »[1].

وفيه : أنّ الرواية أوّلاً ضعيفة السند لأجل جعفر بن حيّان . وثانياً أنّ الرواية مشتملة على أشياء تصير موجبة لوهن الرواية ، وذلك أنّه كيف تجتمع الوصية مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهة أنّ الوصية لو كانت قبل الوقف تكون باطلة بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصي الشيء الموصى به ، ولو كانت بعده فهي باطلة أيضاً لأنّ الموصى به خارج عن ملكه ، ولابدّ من أن يقال إنّ المراد من الوصية الشرط يعني أنّ الواقف شرط في وقفه هكذا ، وقد تطلق الوصية لغة وفي القرآن على الشرط مثل قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ﴾[2]. وأيضاً ما الوجه لمنع الإمام (عليه السلام) عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به في صورة عدم خروج الغلّة من الأرض إلّا بمقدار خمسمائة درهم ، بداهة أنّه لا مانع من التصرف في الغلّة وإخراجه بعد هذا ، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرّفهم في الغلّة حراماً لأنّ اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتّب عليه إلّا حكم تكليفي ولا

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٩٠ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح٨ .

(٢) النساء ٤ : ١١ .

يكون شريكاً معهم في الغلّة .

وأيضاً أنّ ما حكم به الإمام (عليه السلام) بقوله : « إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته ـ إلى أن قال ـ ما بقي أحد منهم » لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنّه لابدّ من أن يراد من الوصية الشرط ، بداهة أنّه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطاً بوجود من شرط الاعطاء له ، فإذن لا وجه لاعطائه لورثة المشروط له .

وأيضاً أنّ ما حكم به بعد ذلك بقوله « فإن انقطع ورثته » الخ لم نفهم له وجهاً بداهة أنّه ولو فرضنا صحّة الوصية أيضاً لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثة الموصى له راجعاً إلى قرابة الميّت الواقف ، بداهة أنّه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعليه يكون مالاً للإمام (عليه السلام) لأنّه (عليه السلام) وارث من لا وارث له ، ولو أغمضنا النظر من جميع ما ذكرناه فالرواية لا دلالة لها على المطلب لأنّها تدلّ على جواز البيع بشروط ثلاثة :

١ ـ احتياج الموقوف عليهم .

٢ ـ رضايتهم بالبيع .

٣ ـ كون البيع أعود وأنفع لهم ، فلا يستفاد من الرواية كفاية الشرط الأخير فقط .

الرواية الثانية : ما في الاحتجاج[1] من أنّ الحميري كتب إلى صاحب الزمان (عليه السلام) جعلني الله فداه « أنّه روي عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور أنّ الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى عن بعضهم إن لم يجتمع كلّهم على البيع أم لا يجوز إلّا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك ؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٩١ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح٩ .

فأجاب (عليه السلام) إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين يبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين إن شاء الله » الخبر ، ولا يخفى أنّ المراد من عدم جواز البيع إذا كان الوقف على إمام المسلمين أنّه لا يجوز ذلك على غير الإمام ، وأمّا جوازه لنفس الإمام فهذا ممّا لا إشكال فيه وقد أمر الإمام (عليه السلام) في رواية ابن مهزيار[1] ببيع حصّته من الوقف كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وكيف كان ، لا يمكن الاستدلال بهذه الرواية أيضاً ، وذلك ـ مضافاً إلى عدم ثبوت صحّة سند ما في الاحتجاج ولا يمكن الاستدلال بالروايات الموجودة في ذلك الكتاب نعم لا بأس باتيانها بوجه التأييد ـ أنّ الرواية ليست في مقام بيان ما هو المجوّز لبيع الوقف بل في مقام بيان أنّ أيّ وقف يصحّ بيعه بعد عروض المسوّغ وهي ساكتة من بيان ما هو المجوّز والمسوّغ . وبعبارة واضحة أنّ الرواية في مقام بيان أنّ بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصحّ من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر في جوازه اجتماعهم عليه ، وأمّا ما يكون مجوّزاً أو مسوّغاً فليست في مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقاً لأنّ الأصلحية إنّما ذكرت في كلام السائل فلا توجب تقييداً .

سلّمنا كونها قيداً للحكم إلّا أنّ المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون ، وبيع الوقف وتملّك ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائماً ، فالمستفاد من الرواية على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجودة في جميع الموارد ، فحينئذ لا تكون أخصّ من أدلّة منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتتعارضان ، وبديهي أنّ تلك الروايات المانعة عن بيع الوقف متقدّمة

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٧ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح٥ .

على رواية الحميري لضعفها سنداً ، مضافاً إلى أنّ انقلاب النسبة يجعل تلك الروايات المانعة أخصّ من رواية الحميري ، وذلك لأنّ الروايات المانعة بعد ما خصّصت بما يدلّ على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه تختصّ بغير صورة خراب الوقف فتكون أخصّ فتقيّد بها رواية الحميري . ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلك أنّ الرواية تدلّ على شيء لم يفت به أحد ويقطع بخلافه وهي عبارة عمّا ذكر الشيخ (قدّس سرّه)[1] من أنّ الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا ، فعليه لا يمكن الاستدلال بها في المقام كما لا يخفى فافهم .

الصورة الخامسة : ما إذا أصاب الموقوف عليهم حاجة شديدة ، وقد ذهب بعض إلى جواز البيع في هذه الصورة ، وادّعى في الانتصار[2] والغنية[3] الإجماع على ذلك ، إلّا أنّ الإجماع المنقول غير معتبر في نفسه مضافاً إلى كونه معارضاً بإجماع آخر منقول عن السرائر[4] على عدم جواز البيع . وقد ذهب جمع من القدماء والمتأخرين إلى عدم الجواز في هذه الصورة ، فلم يبق في المقام ما يمكن الاستدلال به إلّا رواية جعفر بن حيّان المتقدّمة[5] الدالّة على جواز البيع عند الحاجة وعدم كفاية الغلّة للموقوف عليهم ، ولكن فيه ما لا يخفى وذلك أنّه مضافاً إلى ضعف سند الرواية أنّ ظاهرها جواز البيع عند عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم وهذا أقلّ مراتب الحاجة والفقر الشرعي .

---

(١) المكاسب ٤ : ٨٢ .

(٢) الانتصار : ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .

(٣) الغنية : ٢٨٩ .

(٤) السرائر ٣ : ١٥٣ .

(٥) في الصفحة ٢٨٩ .

والذي يظهر من عبارات القوم اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة ، والنسبة بين الحاجة والفقر الشرعي وبين الضرورة والحاجة الشديدة عموم من وجه كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) فراجع . فالرواية بظاهرها غير معمول بها حيث إنّه لم يفت أحد بجواز البيع عند الحاجة الكذائية يعني فيما إذا لم يكفهم ما يخرج من الغلّة . وتوهّم أنّه لا مانع من الاستدلال على صحّة البيع بما في قوله (صلّى الله عليه وآله) في حديث الرفع « وما اضطرّوا عليه » فاسد ، أمّا أوّلاً فلأنّ الاضطرار لا يكون إلّا على المال لا على البيع فعليه لا مانع من إعطاء الوقف وأخذ شيء في مقابله ، إلّا أنّ المعاملة لا تكون صحيحة بل ترتفع الحرمة التكليفية لهذا العمل . وثانياً : أنّه على هذا لا يختصّ ذلك بالوقف بل له أن يسرق مال الغير . وثالثاً : أنّ هذا يتصوّر بالنسبة إلى كل فرد من أفراد الموقوف عليهم إذا اضطرّ إلى بيعه بل لا يختصّ بالموقوف عليهم ويصحّ من الغير أيضاً إذا اضطرّ ولم يتمكّن إلّا من بيع الوقف وكيف كان أنّ الاضطرار لا يوجب صحّة البيع ، نعم لا مانع من القول بأنّ الاضطرار يرفع الحكم التكليفي يعني يرفع الحرمة عن بيع الوقف كما تقدّم وأمّا صحّة البيع فلا .

الصورة السادسة : أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة ، وقد ذهب بعض إلى عدم الجواز مطلقاً وبعض إلى الجواز مطلقاً ، وبعضهم فصّل ولكنّه في الحقيقة ليس تفصيلاً وحاصل التفصيل جواز البيع عند الشرط في الموارد التي يجوز بيعه فيها لأنّ الشرط على هذا يكون مؤكّداً لجواز البيع ، وعدم الجواز في الموارد التي لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً ، وهو كما ترى ليس تفصيلاً في المقام ، لأنّ مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى ، وأيضاً من يقول بفساد الشرط على قولين قول بفساد نفس الشرط فقط وقول بفساد الشرط مع كونه مفسداً للوقف أيضاً .

وكيف كان ، أنّ الكلام يقع تارة في كون الشرط مخالفاً لمقتضى الوقف وأُخرى في كونه مخالفاً للسنّة . أمّا الكلام في الجهة الأُولى فقد يقال إنّ الشرط فاسد ويصير مفسداً للوقف أيضاً ، لأنّ الشرط مخالف لمقتضى الوقف الذي هو عبارة عن التأبيد فيكون اشتراط جواز البيع عند احتياج الموقوف عليهم نظير أن يشترط في ضمن عقد البيع أن يكون بلا ثمن .

وفيه : أنّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضاً كالمبدل وقفاً فهذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيّداً لاطلاق الوقف من جهة أنّ مقتضى إطلاقه تحبيس العين عن الحركة بالأسباب الاختيارية ، والشرط أيضاً موافق لهذا المقتضى إلّا من جهة خاصّة وهي عبارة عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كالمبدل وقفاً ، وهذا أيضاً لا مانع منه كما ذكرناه مراراً وفي خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر (قدّس سرّه) .

وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفة بعد بيعها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا فهو فاسد لأنّه مخالف لمفهوم المبادلة والبيع ، لما ذكرناه مراراً من أنّ مفهوم المبادلة والبيع أن يكون العوض قائماً مقام المعوّض من جميع الجهات ، ولمّا كان المعوّض ملكاً غير طلق فلابدّ أن يكون العوض أيضاً هكذا ، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكاً طلقاً للموجودين منهم ثمّ يبيعونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفاً لمقتضى الوقف إلّا من حيث التأبيد ، ولكن الظاهر أنّ التأبيد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوّماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع ، فحينئذ إن كان الشرط شرطاً في الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنة وبعبارة أُخرى أن يوقف عشرين سنة فهذا هو القدر المتيقّن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع ، وإن كان الشرط راجعاً إلى تضييق دائرة الوقف بالنسبة إلى

الموقوف عليهم أي يكون موضوع الوقف ممّا ينقطع لا محالة بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبة الخامسة مثلاً ، وهذا هو محلّ الخلاف بين الأعلام (قدّس سرّهم) والمشهور ذهبوا إلى بطلانه .

ولكن الميرزا(١) قد اختار في المقام صحّة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفاً دائماً ولكنّه جعل للموقوف عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا ، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز ، وليس مخالفاً لمقتضى العقد أيضاً بل مقتضى عموم قوله (عليه السلام) « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » نفوذ هذا الشرط ، فلم يثبت كون شرط البيع عند الحاجة مخالفاً لمقتضى عقد الوقف سواء اُريد به تبديله وجعل بدله وقفاً أو بيعه وأكل ثمنه .

وأمّا الكلام في الجهة الثانية : أي في كون الشرط مخالفاً للسنّة ، فلا يبعد القول بفساد هذا الشرط من جهة كونه مخالفاً للسنّة من قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » حيث يدلّ باطلاقه على صورة الاشتراط أيضاً ، ولكنّه ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنّه فاسد ومفسد للعقد لكونه مناقضاً له ، بل يبتني فساد العقد بالشرط المخالف للسنّة على ما سيأتي في باب الشروط من أنّ الشرط الفاسد هل يكون مفسداً للعقد أم لا فعلى الأوّل يكون مفسداً للوقف في المقام ، وأمّا على المختار من عدم كون الشرط الفاسد مفسداً لأنّ الشرط التزام آخر فلا يكون مفسداً للوقف . والعجب من الميرزا (قدّس سرّه) حيث لم يتعرّض لكون الشرط مخالفاً للسنّة واكتفى بالجهة الاُولى أي عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، اللهمّ إلّا أن يقال كما قلناه آنفاً إنّ قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » الخ ليس حكماً تعبّدياً بل امضاءً

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٨٨ ـ ٢٨٩ .

لما أنشأه الواقف ، فعليه يكون الوقف الكذائي مشمولاً لقوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ وغير ذلك من أدلّة الإمضاء .

ويؤيّد ما ذكرناه ويؤكّده ما رواه في الكافي[1] في الصحيح عن وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) حيث اشترط في الوقف أنّ للحسن والحسين (عليهما السلام) بيع الوقف إذا شاءا بل لهما جعله شروى الملك أي مثل الملك من دون احتياج إلى البيع والعجب من الشيخ (قدّس سرّه)[2] حيث جعل تأويل الرواية مشكلاً والعمل بها أشكل ، إذ لا إشكال في العمل بها بعد كونها موافقة للقواعد وذهاب جمع من الفقهاء إلى صحّة ذلك .

ولا يخفى أنّ تأويل هذه الرواية بالوصية بأن يكون المراد من الصدقة الوصية مخالف لظاهرها بل صريحها كما لا يخفى على الناقد البصير فتأمّل .

الصورة السابعة : ما إذا علم أو خيف وظنّ أن يكون بقاء العين الموقوفة على حالها مؤدّياً إلى تلفها وعدم إمكان الانتفاع بها .

الصورة الثامنة : أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه من تلف المال أو الأنفس ، وظاهر هذا الكلام أنّه يجوز بيع العين الموقوفة عند وقوع الاختلاف بينهم بحيث لا يؤمن من تلف المال ولو كان المال المخوف تلفه غير العين الموقوفة .

الصورة التاسعة : أن يكون بقاؤها مؤدّياً إلى الضرر على الموقوف عليهم . وبعبارة أُخرى أن يتوجّه عليهم الضرر من بقاء العين الموقوفة .

الصورة العاشرة : أن يلزم من بقاء العين الموقوفة فساد يستباح منه الأنفس

---

(١) الكافي ٧ : ٤٩ / ٧ ، الوسائل ١٩ : ١٩٩ / كتاب الوقوف والصدقات ب ١٠ ح ٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ٨٨ .

وقد ذكر بعض في هذه الصور أنّه يجوز بيع العين الموقوفة. وذكر الشيخ (قدّس سرّه) بعد التعرّض لهذه الصور أنّ الحقّ جواز البيع في الصورة الأُولى أي فيما إذا علم أو خيف أنّ بقاءها يؤدّي إلى تلف العين الموقوفة وعدم إمكان الانتفاع بها، وعدم جواز البيع في غير هذه الصورة لعدم الدليل على ذلك، ولا يخفى أنّ ملخّص كلامه (قدّس سرّه) ينحلّ إلى قضيتين إيجابية وسلبية، والأُولى عبارة عن جواز البيع فيما إذا علم أو ظنّ أنّ بقاءه يؤدّي إلى خرابه وعدم إمكان الانتفاع به، والثانية عبارة عن عدم جواز بيعه في غير هذه الصورة.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ الكلام الآن يقع في الصورة الأُولى وقد قال (قدّس سرّه) إنّ المقتضي لجواز البيع موجود والمانع منه مفقود وملخّص استدلاله: أنّ الملكية مقتضية للبيع وإنّما خرجنا عنه في الوقف بدليل خارجي فلابدّ من الاكتفاء بموارد وجود المانع والمانع عن البيع في الوقف منحصر في أُمور أربعة: الإجماع وقوله (عليه السلام) «لا يجوز شراء الوقف» و «لا تدخل الغلّة في ملكك» وقوله (عليه السلام) «الوقوف على حسب» الخ وإن استشكل الشيخ (قدّس سرّه) في دلالته وأنّ البيع مناف لغرض الواقف وحقّ الموقوف عليهم. وبديهي أنّ الإجماع في المقام غير متحقّق بل عدمه محقّق لأنّه ذهب بعض إلى جواز البيع في صورة كون البقاء مؤدّياً إلى الخراب وعدم إمكان الانتفاع به.

وأمّا الروايات المذكورة فهي منصرفة عن هذه الصورة بالبداهة، وأمّا مقالة كون البيع منافياً لغرض الواقف فهي لا تتمّ لكون البيع وتبديل العين الموقوفة مع فرض الخراب إلى غيرها موافقاً لغرض الواقف وحقّ الموقوف عليهم.

وقد ذكر الميرزا[1] في المقام أنّ هذه الصورة داخلة تحت الصورة الأُولى

---

(١) منية الطالب ٢ : ٢٨٩.

وهي صورة خراب الوقف وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه بعد ما كان العلم طريقاً محضاً . وبعبارة أُخرى إذا احتمل احتمالاً عقلائياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان خراباً فعلاً لجاز بيعه ، فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب الفعلي ولكن من حيث كونه طريقاً لأنّه بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنّه صار خراباً فعلاً .

ولا يخفى أنّ ما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) من العجائب ، بداهة أنّه فرق بين الخراب الفعلي وبين ما يصير خراباً فيما بعد ، والثابت من جواز بيع الوقف هو الأوّل والدليل منصرف عنه ، وأمّا الثاني فلا وجه لجواز البيع فيه بعد ما كان مشمولاً لقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » خصوصاً فيما إذا كان في البيع ضرر على الموجودين من الموقوف عليهم من جهة عدم إمكان انتفاعهم من بدلها فعلاً مثلاً .

وفيما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) أيضاً مجال للمناقشة بعين الكلام الذي ذكرنا في جواب الميرزا من شمول أدلّة عدم جواز بيع الوقف وشرائه وعدم دخول الغلّة في ملكه وأنّه لا دليل على جواز البيع بعد ما كانت العين الموقوفة الآن قابلة للانتفاع فعلاً ، وكونها معدومة الانتفاع فيما بعد لا يكون موجباً لجواز بيعه إلّا في ظرفه كما هو الظاهر ، وهذه الصورة أشبه شيء بالصورة التي يكون انتفاع البطون اللاحقة من العين الموقوفة محتاجاً إلى أن يصرف البطون الموجودة حقّهم من الانتفاع في عمران العين الموقوفة ، وقد ذكرنا سابقاً أنّه لا يلزم على البطون الموجودة صرف أملاكهم لحفظ الوقف على غيرهم فإن صرف المنافع كصرف غيرها من أموال الموقوف عليهم ، وهكذا الكلام بالنسبة إلى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في ضمن كلامه وهو ما إذا علمنا بعدم وجود من يشتري العين الموقوفة فيما بعد وعند خرابها فإنّ عدم وجدان المشتري فيما بعد لا يكون موجباً لجواز بيعه فعلاً بعد ما كانت العين الموقوفة قابلة للانتفاع بها فعلاً فافهم .

وبالجملة استدلّ على جواز بيع الوقف فيما إذا أدّى بقاؤه إلى خرابه بوجوه

أربعة :

الأوّل : ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بقوله : لما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع ، وحاصله انصراف الأدلّة المانعة عن هذه الصورة .

الثاني : ما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) وقد عرفت المناقشة فيه وفيما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) .

الثالث : ما عن العلّامة (قدّس سرّه) وحاصله : أنّ الأمر دائر بين إبقائه والانتفاع بهِ ما دام باقياً وتلف العين بعده ، وبين تبديله إلى شيء آخر وبقاؤه والانتفاع إلى الأبد ، وبديهي أنّ الثاني أولى في نظر الواقف وأوفق بمراده .

وفيه : أنّه لا يمكن أن يجعل الأوفقية بمقصود الواقف دليلاً مستقلاً على جواز بيع الوقف بعد ما كانت العين الموقوفة قابلة للانتفاع فعلاً ، لأنّ أدلّة المنع عن بيع الوقف شاملة للمقام وقد ذكرنا آنفاً أنّ انصراف دليل المنع إنّما هو في صورة الخراب الفعلي ولذا قلنا بعدم جواز تبديل الوقف إلى شيء أحسن منه ، ولو كان ملاحظة نظر الواقف في هذه الموارد دليلاً لكان هذا جائزاً ، نعم لو قلنا بوجود المقتضي لجواز البيع وعدم المانع عنه لأجل انصراف أدلّة المنع عن هذه الصورة كما عليه الشيخ (قدّس سرّه) لا بأس بجعل هذا الوجه أي الأوفقية بغرض الواقف مؤيّداً له إلّا أنّك قد عرفت ما فيه أيضاً .

الرابع : ما عن التنقيح[1] وملخّصه : أنّ عدم جواز البيع في صورة العلم أو الظنّ بأنّ بقاءه يؤدّي إلى خرابه أو غير ذلك من الأُمور المذكورة المتقدّمة موجب لتضييع المال وتبذيره وهو حرام ، فعليه لابدّ من القول بجواز بيعه في هذه الصور بل وجوبه .

---

(١) التنقيح الرائع ٢ : ٣٣٠ .

وفيه : أنّ ترك المال ولو مال الإنسان نفسه الذي له السلطنة عـليه إلى أن يخرب بنفسه وطبعه لا يعدّ إضاعة ولا إسرافاً وإلّا لزم تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب ولو بغير البيع وهو كما ترى ، بل يجري ذلك في أموال نفس الإنسـان التي يملكها طلقاً .

فتلخّص أنّ شيئاً من الوجوه المذكورة لا ينهض على تجويز البيع في المقام .

بقي الكلام في الرواية التي استدلّ بها كلّ من جوّز البيع في هـذه الصـور الأربعة وهي مكاتبة ابن مهزيار قال « كتبت إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) إنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ويسألك عن رأيك في بـيع حصّتك من الأرض ـ إلى أن قال ـ فكتبت إليه (عليه السلام) إنّ بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده ، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقـف له مـن ذلك أمـرته فكتب (عليه السلام) بخطّه وأعلمه أنّ رأيي ، إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبع فـإنّه ربمـا جـاء في الاخـتلاف تـلف الأمـوال والنفوس »[1] الخبر .

ومورد الاستدلال هو قوله (عليه السلام) في آخر الخبر « فإنّه ربما جاء » الخ وهذه الرواية معتبرة السند ، إلّا أنّ الظاهر بملاحظة القرائن كونها أجنبية عن بيع الوقف رأساً ، بل لابدّ من حملها على ما قبل القبض وعدم تمامية الوقف وإلّا لم يكن وجه لأمر الإمام (عليه السلام) ببيع حصّته مع أنّ الاختلاف كان بين الموقوف عليهم غير الإمام (عليه السلام) ، مضافاً إلى أنّ مباشرة الواقف لبيعه بلا وجه ، إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبياً فلا وجه لاحالة البيع إليه .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٧ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح٥ ، ٦ .

والظاهر أنّ حكم الإمام (عليه السلام) ببيعه لم يكن إذناً له بعنوان الولاية بل كان (عليه السلام) في مقام بيان حكم المسألة بطبعها ، كما أنّ دفع ثمن الوقف إلى الموجودين من الموقوف عليهم بحسب حصّتهم لا وجه له حيث إنّا قد ذكرنا مراراً أنّ مقتضى قانون المبادلة قيام الثمن مقام المثمن كما كان ، وحيث كانت العين الموقوفة ملكاً غير طلق لا يجوز إتلافه للبطن الموجود بل لابدّ من إبقائه للبطون اللاحقة فلابدّ وأن يكون ثمنها أيضاً كذلك ، فلابدّ من حملها على صورة عدم تمامية الوقف من حيث عدم القبض بأن تكون هذه الأُمور المذكورة قرينة على أنّ الاختلاف ونحوه كان قبل قبض الموقوف عليهم فتندفع الإشكالات الواردة كما حملها عليها بعض .

ولو سلّمنا ذلك كلّه فلا دلالة لها على الصورة السابقة وما بعدها أصلاً ، وذلك لأنّ الظاهر أنّ وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم لا موضوعية فيه أصلاً بل المناط هو تلف الأموال والأنفس والاختلاف طريق محض ، فلو كان بقاء الوقف على حاله موجباً لتلف الأموال والنفوس ولو لم يكن من جهة الاختلاف بين الموقوف عليهم لكان بيعه جائزاً وهذا ممّا لا يمكن أن ينسب إلى أحد من العلماء (قدّس سرّهم) هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ الظاهر من تعبير الإمام (عليه السلام) بالأموال عدم الخصوصية لمال الوقف فيجوز البيع حتّى فيما إذا لم يكن التالف العين الموقوفة في صورة اختلاف الموقوف عليهم ، بل كان التالف الأموال الأُخر . وهذا أيضاً ممّا لا يمكن أن ينسب إلى الأعلام (قدّس سرّهم) .

وثالثاً : أنّ الظاهر من كلمة « ربما » في كلامه (عليه السلام) الاكتفاء في جواز البيع بالاحتمال العقلائي وإن لم يحصل العلم أو الظنّ بذلك ، وهو كما ترى .

ورابعاً : أنّ مورد الرواية هو التلف ومقامنا مورد العلم أو الظنّ بأن يكون

خراباً ، والتلف غير الخراب فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين بخلاف الخراب وإجراء حكم التلف على المقام على عهدة مجريه ، فظاهر الرواية ممّا لم يفت به أحد فلابدّ من ردّ علمها إلى أهله .

بقي في المقام شيء لا بأس بالتعرّض له : وهو عبارة عمّا ذكره بعض من أنّه لو لم يكن في المقام رواية كنّا نقول بجواز بيع الوقف في هذه الصورة من باب التزاحم أي تزاحم عدم جواز بيع الوقف مع الاختلاف الواقع بين الموقوف عليهم بحيث لو لم يبع يقع بينهم تشاجر ينجرّ إلى تلف الأموال والنفوس ولمّا كان حفظ الأموال والنفوس من التلف أهمّ في نظر الشارع من عدم جواز بيع الوقف فلابدّ من القول بجواز بيعه .

وفيه : أنّ التزاحم إنّما هو في مقام امتثال الأحكام التكليفية ومنشؤه عجز المكلّف عن الاتيان بكلّ من التكليفين في مرحلة الامتثال ، وهذا لا دخل له بمقام الجعل ولا بالأحكام الوضعية ، نعم يتصوّر التزاحم بالنسبة إلى نفس الوقف وذلك أنّه لمّا كان التصرف في الوقف غير جائز وحراماً فعلاً فلا مانع من القول بعدم حرمة التصرف عند التزاحم وأمّا صحّة بيع الوقف الذي هو من الأحكام الوضعية فلا دخل لها بباب التزاحم بل هي منوطة بحكم الشارع . وبعبارة اُخرى : التزاحم لا يكون بين الأحكام الوضعية لعدم اعتبار القدرة فيها وإنّما يكون بين الأحكام التكليفية ، والتزاحم بين الأحكام التكليفية إنّما يوجب رفع المهم ولا يوجب جعل الشارع حكماً وضعياً كإمضاء البيع .

فتلخّص من جميع ما ذكرناه : أنّه لا يجوز بيع الوقف المؤبّد مطلقاً إلّا في صورتين :

الاُولى : ما إذا خرب وسقط عن قابلية الانتفاع به أو أشرف على ذلك بحيث عدّ خراباً فعلاً ، لانصراف أدلّة المنع عن هذه الصورة . الثانية : ما إذا شرط الواقف

بيعه عند الحاجة كما ورد في بعض أوقاف علي (عليه السلام) وأمّا في غيرهما فمقتضى العمومات المنع عن البيع .

الكلام في الوقف المنقطع

ويقع الكلام في هذا المقام ـ بعد القول بصحّة الوقف المنقطع كما عليه المشهور ـ في جواز بيعه وعدمه ، وقد ذكر في المقام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] شقوقاً ونعم ما ذكره وحاصله : أنّا إن قلنا ببقاء العين في ملك الواقف وأنّه أوقف منفعتها إلى زيد وعقبه بلا واسطة مثلاً بأن يكون الوقف في الحقيقة هو المنفعة دون نفس العين ، ومرجع هذا القول إلى إنكار الوقف المنقطع رأساً وأنّه كالحبس ، فلا يجوز بيع العين الموقوفة للموقوف عليهم ، لا لأجل المانع عن البيع بل لعدم المقتضي له ، لأنّ المفروض بقاء العين في ملك الواقف وعدم كون الموقوف عليهم مالكين له فيدخل بيعهم له تحت قوله (عليه السلام) : « لا تبع ما ليس عندك »[٢]، وأمّا البيع بالنسبة إلى الواقف فلا مانع منه لوجود المقتضي وعدم صلاحية قوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ و « لا يجوز شراء الوقف » الخ لأن يكون مانعاً عنه ، لأنّ الواقف يبيع العين مسلوبة عن المنفعة بمقدار حياة زيد وعقبه بلا واسطة .

نعم هنا مانع آخر من جواز البيع : وهي عبارة عن كون مثل هذا البيع غررياً لجهالة مدّة حياة الموقوف عليهم واستحقاقهم منافع العين ، إلّا أنّه قد وردت رواية في مورد السكنى في هذا المقام تدلّ على صحّة البيع وهي عبارة عن صحيحة حسين ابن نعيم قال « سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل جعل داره سكنى لرجل

---

(١) المكاسب ٤ : ١٠١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ (مع اختلاف يسير) .

زمان حياته وجعلها له ولعقبه من بعده ، قال (عليه السلام) هي له ولعقبه من بعده كما شرطه . قلت أيبيع إذا احتاج إلى بيعها ؟ قال (عليه السلام) نعم . قلت فينقض البيع السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى سمعت أبي يقول قال أبو جعفر (عليه السلام) لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على أنّ الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتّى ينقضي السكنى على ما شرط » الخبر(١) وهذه الرواية تكون مخصّصة لأدلّة الغرر .

وأمّا لو قلنا بخروج العين عن ملك الواقف ما دام وقفاً فحينئذ إن قلنا برجوعها إلى ملك الواقف بعد انقطاع الوقف فصحّة البيع وعدمها من الواقف فعلاً منوط بمسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه وقد تقدّم الكلام فيها(٢).

وأمّا لو قلنا بأنّه بعد انقطاع الموقوف عليهم تكون العين منتقلة إلى وجوه البرّ فلابدّ من صرف منافعها في وجوه البرّ وابقاء العين الموقوفة وهذا عين الوقف المؤبّد كما هو واضح فحينئذ لا يجوز بيعه كما تقدّم الكلام فيه مفصّلاً .

وأمّا لو قلنا بانتقال العين إلى ملك ورثة الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للطبقة الأخيرة فضلاً عن الوسطى والطبقة الأُولى لقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك »(٣) بداهة أنّ انتقال العين الموقوفة بعد انقراضهم إلى الورثة وكونها ملكاً طلقاً لهم لا يكون موجباً لجواز بيعه لمن هو ممنوع عن التصرف فيه .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٣٥ / كتاب الاجارة ب٢٤ ح٣ .

(٢) راجع الصفحة ١٣ .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب٦ ح١ .

بيع العين المرهونة

ومن الموارد التي قيل بعدم جواز البيع وغيره من التصرفات فيها العين المرهونة وقد ذهب المشهور إلى عدم جواز بيع العين المرهونة للراهن ، وأمّا الكلام بالنسبة إلى المرتهن فعدم جواز البيع له من جهة عدم المقتضي لا لوجود المانع فهو خارج عن محلّ الكلام ، لأنّ البحث إنّما هو في موارد المنع عن بيع المالك لا في بيع الأجنبي ، نعم لا إشكال في صحّة بيعه فضولة . وقد ادّعي الإجماع في كلام بعض الأعاظم على عدم جواز بيع العين المرهونة للراهن ، واستدلّ أيضاً بالنبوي « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف »(١).

ولا يخفى أنّه لا إشكال ولا خلاف في جواز التصرفات التي يتوقّف حفظ العين المرهونة عليها مثل إعطاء العلف للدابة المرهونة ونحوه ، كما أنّه لا إشكال في التصرفات التي لا تُعدّ في العرف تصرّفاً مثل اللمس في الأمة المرهونة والتقبيل وكذا لا إشكال في عدم جواز التصرفات التي تكون منافية لحقّ المرتهن ومخالفة لحقيقة الرهن مثل الاستيلاد والوقف أو العتق في الأمة المرهونة ، لأنّ هذه الأُمور تمنع عن استيفاء المرتهن حقّه من العين .

والكلام إنّما هو في التصرفات المتوسطة بينهما مثل البيع والاجارة ونحوهما

---

(١) المستدرك ١٣ : ٤٢٦ / كتاب الرهن ب١٧ ح٦ .

وكلامنا مع المشهور إنّما هو في هذه الموارد . والحقّ أنّه لا مانع من القول بصحّة إجارة العين المرهونة أقلّ من مدّة الرهن بحيث لا توجب الاجارة نقصان قيمة العين كما إذا آجر الدار المرهونة ستة أشهر وكانت مدّة الرهن سنة واحدة ، بل لا إشكال في صحّة البيع أيضاً لأنّ المانع من صحّة البيع إمّا الإجماع فهو غير تامّ عندنا كما هو الظاهر ، وإمّا النبوي فهو أيضاً كما ترى لضعف سنده وعدم وثوقنا بصدوره عن المعصوم (عليه السلام) مضافاً إلى عدم تمامية دلالته لأنّ الظاهر منه أنّ التصرّفات الممنوعة هي التصرفات المنافية للرهن مثل العتق والاستيلاد ، وغير خفي أنّه لا إشكال في صحّة الرهن فيما إذا كانت العين المرهونة عارية كما إذا استعار الراهن شيئاً وجعله رهناً ، ولا يعتبر في الرهن أن تكون العين المرهونة ملكاً للراهن ابتداءً وحدوثاً ، فعليه لا مانع من جواز بيعه بهذا النحو بأن يبيع العين مع وصف كونها مرهونة .

وبعبارة واضحة : أنّ العين المرهونة تكون عارية بقاءً فلا مانع من صحّة ذلك كما أنّه لو كانت عارية من الأوّل وحدوثاً لم يكن فيه إشكال ، فحينئذ إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإلّا يثبت له خيار العيب أو تخلّف الشرط ، لأنّ كون العين متعلّقاً لحقّ الغير عيب فيها ، أو أنّ الارتكاز يقتضي أن لا يكون المالان اللذان وقع العقد عليهما متعلّقين لحقّ الغير ، هذا كلّه فيما إذا قلنا إنّ الرهن عبارة عن جعل الراهن العين وثيقة عند المرتهن لاستيفاء حقّه .

وأمّا إذا قلنا إنّ الراهن يسقط ملكه عن العين المرهونة مثل الوقف مدّة معيّنة فعدم الجواز هنا لعدم المقتضي أي الملكية .

ثمّ لو سلّمنا عدم جواز بيع العين المرهونة فهل يصحّ البيع مع الاجازة أو أنّه لا يصحّ أصلاً ؟ ذهب بعض إلى عدم الصحّة مطلقاً وبعض آخر إلى الصحّة مع

الاجازة كما عن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١].

والحقّ أيضاً ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لأنّ المانع عن صحّة البيع إمّا الإجماع فهو غير متحقّق ، وإمّا النبوي فهو مضافاً إلى عدم ثبوته عندنا أنّ الظاهر من قوله « ممنوعان من التصرف » أن يكون الممنوع تصرف كل واحد منهما مستقلاً وأمّا مع الاجازة من الآخر فلا ، والشاهد على ذلك عطف المرتهن على الراهن وبديهي أنّه لم يستشكل أحد في صحّة بيع المرتهن العين المرهونة من قبل الراهن فضولة مع إجازة الراهن بعده . وقد استدلّ على صحّته كما عن الشيخ (قدّس سرّه) بما ورد من التعليل في ذيل رواية[٢] العبد الذي تزوّج لنفسه بلا إذن من سيّده من أنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز جاز ، وهذه العلّة تجري في المقام أيضاً بأن يقال إنّ الراهن لم يعص الله في بيعه العين المرهونة وإنّما عصى المرتهن فإذا أجاز جاز .

وقد استدلّ أيضاً لصحّة البيع مع الاجازة كما عن الشيخ (قدّس سرّه) بفحوى الروايات الواردة في بيع الفضولي حيث قال : هذا كلّه مضافاً إلى فحوى أدلّة صحّة الفضولي وأنّه إذا قلنا بصحّة العقد الفضولي فيما تقدّم مع أنّه كان بلا مقتضٍ ففي المقام الذي يقع العقد من نفس المالك فلابدّ من القول بصحّته بطريق أولى .

وربما يدّعى الأولوية في عكس ذلك أي في ناحية البطلان فيقال إنّه لو قلنا ببطلان الفضولي هناك يكون البيع في المقام باطلاً بطريق أولى ، ولكن في كلتا الأولويتين نظر ولا ملازمة بينهما أصلاً حيث لا مانع من القول بصحّة البيع في المقام لأجل شمول أدلّة صحّة العقد والقول ببطلان الفضولي هناك لأجل قوله (عليه السلام)

---

(١) المكاسب ٤ : ١٥٤ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ ، ٢ .

« لا بيع إلّا في ملك »[١] لأنّ المفروض وقوع العقد هنا من المالك وفي ملك ، وعدم وقوعه من المالك وفي ملك هناك فلا ملازمة بين الأمرين ، كما أنّه من الممكن أن نقول بصحّة الفضولي هناك لما ذكرناه في موطنه من أنّ صحّة العقد الفضولي على القاعدة من حيث إنّ العقد يكون مشمولاً لأدلّة الوفاء بالعقد وأدلّة البيع بعد الاجازة ، وأن نقول بالبطلان في المقام ببيان أنّ البيع في المقام وإن كان صادراً من المالك إلّا أنّه من حين وقوعه كان باطلاً لأجل كونه متعلّقاً لحقّ الغير ومنهيّاً عنه مثل بطلان العقد على بنت أخ الزوجة وبنت اُختها حتّى مع لحوق إجازة العمّة والخالة ، وصحّة العقد بعد الاجازة في هذه الموارد تحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام ، وهذا الوجه هو الذي ذكره في المقابس[٢] (قدّس سرّه) ولكنّه قد عرفت الجواب عنه هناك من أنّه لا مانع من أن يكون العقد مشمولاً لعموم الأدلّة بقاءً بعد ما لم يكن مشمولاً له حدوثاً وتفصيله في موطنه فراجع باب الفضولي[٣].

وكيف كان ، إنّ مرادنا نفي الملازمة والأولوية بين القولين لأنّه لا مانع من القول بصحّة الفضولي هناك وببطلان العقد في المقام أو بالعكس .

فتحصّل من جميع ما ذكرناه بعد تسليم أنّه لا يصحّ بيع الراهن العين المرهونة استقلالاً ، أنّه لا مانع من صحّته مع إجازة المرتهن ، ولا فرق بينه وبين البيع الفضولي من هذه الجهة ، لأنّ غاية ما يستفاد من أدلّة ممنوعية الراهن والمرتهن عن التصرف أنّهما ممنوعان عن التصرف استقلالاً ، وبديهي أنّ الاجازة والرضا من الاُمور التعلّقية التي قابلة لأن تتعلّق بأمر سابق بداهة أنّه يقال بعد إجازة المرتهن ورضاه

---

(١) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١ ح٣ (مع اختلاف يسير) .

(٢) المقابس : ١٨٨ .

(٣) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب الصفحة ٤١٣ .

بعقد الراهن بعد زمان أنّه عقد مرضي به ، وليست الاجازة والرضا مثل سائر الشروط من البلوغ والعقل وغيرهما من الاُمور التي يعتبر وجودها عند إيجاد العقد وصدوره ، وقد عرفت أيضاً أنّ القول بأنّ العقد الواقع من الراهن لم يكن مشمولاً لأدلّة صحّة البيع عند صدوره وبعدُ لم يقع عقد آخر حتّى يحكم بالصحّة في غير محلّه لما ذكرناه مراراً عند التعرّض لعقد الفضولي من أنّه لا مانع من أن يكون العقد مشمولاً لأدلّة صحّة العقد بقاءً بعد ما لم يكن كذلك حدوثاً وتفصيل الكلام قد تقدّم في موطنه .

ثمّ إنّه قد نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن بعض معاصريه (قدّس سرّه) أنّه قوّى القول ببطلان بيع الراهن حتّى مع إجازة المرتهن ، لأنّ النهي في المعاملات إذا تعلّق بنفس العقد لا الأمر الخارج منه يوجب فسادها ، وحيث إنّ بيع الراهن العين المرهونة كان منهيّاً عنه يقع باطلاً ، كما أنّ بيع غير الراهن العين المرهونة يقع أيضاً باطلاً فيما إذا لم يكن بعنوان النيابة ، وقال إنّه لا فرق بين بيع الراهن وبين بيع الوقف وأُمّ الولد في كونه ممنوعاً ومنهيّاً عنه ، ولا يمكن التمسّك لصحّة بيع الراهن بالتعليل المذكور فيما ورد(٢) في نكاح العبد من أنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ، لأنّ مورد هذا التعليل إنّما هو فيما إذا لم يكن الشخص مالكاً كما أنّ العبد لا يملك أمر نفسه فحينئذ يصحّ أن يقال إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ، وأمّا المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرّفه ولا يقال إنّه عصى المرتهن لعدم كونه مالكاً .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بوجوه كلّها متينة وذلك أنّه منع أوّلاً : وجود الفرق بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة

---

(١) المكاسب ٤ : ١٥٥ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٤ ح١ ، ٢ .

بداهة أنّ نفس اجراء العقد لو عدّ من التصرفات فلا فرق بينهما وإلّا فلا وجه للبطلان .

وثانياً : منع كون مطلق النهي لا لأمر خارج موجباً لفساد المعاملة ما لم يكن إرشادياً ، بداهة أنّه لا ملازمة بين الحرمة التكليفية وفساد المعاملة كما أنّ البيع في وقت النداء حرام مع أنّه لا يقع فاسداً .

وثالثاً : أنّ ما ذكره من مقالة أنّ التصرّف في مال الغير إن كان بنحو الاستقلال حرام والبيع باطل وإن كان بنحو النيابة لا حرمة فيه ويقع صحيحاً يتصوّر في بيع الراهن أيضاً ، لأنّه قد يبيع رجاءً لاجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال وقد يبيع لا كذلك .

ورابعاً : أنّ ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه قائلاً بالفرق بينهما في غير محلّه ، لأنّ الظاهر كون النهي في كل منهما لحقّ الغير فإن منع الله (جلّ ذكره) ثابت في كلّ ما كان لحقّ الغير من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن .

وخامساً : أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من قياس بيع الراهن على بيع الوقف وأُمّ الولد في غير محلّه ، لأنّ عدم الجواز في بيع الوقف وأُمّ الولد قد ثبت بالتعبّد ولذا لو رضي جميع الموقوف عليهم والواقف أو رضيت أُمّ الولد والولد لا يصحّ البيع أيضاً بخلافه فيما إذا كان المرتهن راضياً ببيعه بداهة أنّ بيع الراهن في صورة رضا المرتهن صحيح بلا إشكال ولا خلاف ولا يلتزم ببطلان العقد في هذه الصورة نفس هذا المعاصر فافهم .

وربما يشكل في صحّة بيع الراهن حتّى مع إجازة المرتهن بناءً على كون الاجازة كاشفة من جهة أنّه لو قلنا بأنّ الاجازة تكون كاشفة عن صحّة البيع يلزم أن يكون البيع مجتمعاً مع الرهن وهما متنافيان ولا يجتمعان نظير ما تقدّم في مسألة

من باع شيئاً ثمّ ملكه من أنّه على تقدير صحّة البيع يلزم اجتماع مالكين على ملك واحد في زمان واحد.

وجوابه ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ الاجازة كما تكون كاشفة عن صحّة البيع تكون كاشفة عن عدم الرهن أيضاً. وبعبارة اُخرى أنّ الاجازة في بيع الفضولي كما تكون كاشفة عن صحّة وقوع العقد من زمانه وعن لازمه وهي عبارة عن كونها كاشفة أيضاً عن خروج العين عن ملكه من زمان العقد، كذا تكون في المقام كاشفة عن صحّة البيع وعن لازمه الذي هو عدم الرهن نعم لهذا الكلام مجال في صورة فكّ العين عن الرهن بأداء حقّ الرهانة أو بإسقاط المرتهن حقّه وسيجيء الكلام فيه مفصّلاً إن شاء الله تعالى.

ثمّ إنّه يقع الكلام في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة في المقام، وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام أنّ الظاهر من بعض الأخبار كون الاجازة كاشفة وإن كان مقتضى القاعدة هو النقل كما تقدّم في بيع الفضولي، فإذا كانت الاجازة كاشفة هناك ففي المقام بطريق أولى، لأنّ إجازة المالك هناك كانت أشبه شيء بجزء المقتضي وفي المقام من قبيل رفع المانع ولذا جوّزوا عتق الراهن هنا مع تعقّب الاجازة من المرتهن مع أنّهم قائلون بعدم جريان الفضولي في الايقاعات والاعتذار عنه ببناء العتق على التغليب كما فعله جامع المقاصد(٢) منافٍ لتمسّكهم في ذلك بعمومات أدلّة العتق، هذا ملخّص مرامه (قدّس سرّه).

والذي ينبغي أن يقال: إنّه لو قلنا إنّ مقتضى القاعدة كون الاجازة ناقلة

---

(١) المكاسب ٤: ١٦٠.

(٢) جامع المقاصد ٥: ١٤٦.

فلابدّ في الموارد التي تكون الاجازة كاشفة من إقامة الدليل عليه، ولمّا كان الدليل[1] وارداً في مورد تزويج الصغيرين اللذين مات أحدهما قبل بلوغ الآخر وحكم الإمام (عليه السلام) بتحليف الآخر بأنّه لو كان الآخر باقياً لكان يختاره حتّى يرثه منه، وقلنا في بيع الفضولي إنّه لا فرق بين تزويج الصغيرين وبيع الفضولي بالقطع الوجداني، وأمّا التعدّي من هذه الموارد إلى مثل المقام فلابدّ من إقامة الدليل عليه.

وبعبارة واضحة: أنّ الدليل على كاشفية الاجازة إنّما كان في الموارد التي لم يكن المباشر للعقد فيها هو طرف العقد ومن يكون العقد منتسباً إليه بل العقد ينتسب إليه بعد الاجازة، وأمّا الموارد التي يكون المباشر للعقد هو نفس من ينتسب إليه العقد كما في المقام فلابدّ في التعدّي إلى هذه الموارد من إقامة الدليل وحيث لا دليل في المقام فلابدّ من القول بالنقل على تقدير كونه مقتضى القاعدة، وأمّا إذا قلنا إنّ مقتضى القاعدة كون الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي بالمعنى الذي ذكرناه في بيع الفضولي تكون الاجازة في المقام أيضاً بنحو الكشف على القاعدة.

ومن هنا يظهر أنّ مقالة الأولوية في المقام في غير محلّها، لأنّه بناءً على النقل لا يمكن القول بالكشف هنا كما ذكرناه، وأمّا بناءً على أنّ مقتضى القاعدة هو الكشف تكون الاجازة كاشفة في المقام بمقتضى القاعدة فلا أولوية. وأمّا عتق العبد المرهون فلا يكون دليلاً للأولوية لما ذكرناه في بيع الفضولي من أنّ المانع من عدم وقوع الفضولي في الإيقاعات كان هو الإجماع والمتيقّن منه ما كان الإيقاع من الأجنبي فلا يعمّ ما إذا كان من المالك وتوقّف على إجازة غيره كما في عتق الراهن فتشمله العمومات.

وأمّا الكلام في تأثير الاجازة بعد الردّ بمعنى أنّه هل يكون الرد موجباً

---

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب١١ ح١، ٤.

لسقوط العقد عن التأثير بحيث لو أجاز المرتهن بعد الردّ لا يؤثّر أم لا يكون كذلك فقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(١) فيه وجهين : من أنّ الردّ في المقام بمنزلة عدم رفع اليد عن حقّه فله إسقاطه بعد ذلك ، ولا يقاس ذلك بالردّ في بيع الفضولي لأنّ المجيز هناك أحد المتعاقدين وقد ذكرنا في محلّه أنّ ردّ أحد المتعاقدين يوجب إبطال إنشاء العاقد الآخر ، بخلافه في المقام بداهة أنّ المرتهن أجنبي عن طرفي العقد بل ليس له إلّا حقّ الرهانة في العين ، ومن أنّ الإيجاب المؤثّر لا يتحقّق إلّا برضا المالك والمرتهن فكما أنّ ردّ المالك يبطل العقد في الفضولي كذا ردّ المرتهن يكون موجباً لسقوط العقد عن التأثير .

ولعمري أنّ الحقّ هو الأوّل ، لا لما ذكره الشيخ (رحمه الله) بل من جهة أنّه لم يكن دليل على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ إلّا الإجماع على التفصيل الذي ذكرناه في موطنه وبديهي أنّ القدر المتيقّن منه إنّما هو العقد الذي يكون فيه الرادّ ممّن يكون العقد منتسباً إليه على تقدير الاجازة ومشمولاً لـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مثلاً ، وأمّا في المقام الذي لم يكن الرادّ هو أحد المتعاملين ومن يكون العقد منتسباً إليه بل يكون له حقّ قد تعلّق بالعين فلم يتحقّق الإجماع فلا مانع من القول بعدم كون ردّ المرتهن موجباً لسقوط العقد عن التأثير على تقدير الاجازة بعده بناءً على اعتبار إجازة المرتهن في صحّة العقد .

بل لعلّه يمكن أن يقال بقيام الدليل على نفوذ الاجازة وصحّة العقد بعد الردّ وهي رواية محمّد بن قيس الواردة في من باع وليدة كما تقدّم في بيع الفضولي وإن كان الاستدلال بتلك الرواية محلّ المنع والمناقشة كما ذكرناه هناك فراجع(٢).

---

(١) المكاسب ٤ : ١٦١ .

(٢) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب الصفحة ٣٨٠ ـ ٣٨٢ .

ثمّ إنّه قد وقع الكلام في كون فكّ الرهن بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الابراء أو غيرها من أسباب السقوط بعد البيع بمنزلة الاجازة بحيث يقع عقد الراهن صحيحاً أو أنّه ليس كذلك ، وقد ذهب بعض إلى الفرق بين الاجازة وبين فكّ الرهن بل مطلق السقوط ، وحكم بالصحّة في الاجازة دون غيرها ، لأنّ الاجازة إمضاء وإنفاذ للعقد السابق في زمان ثبوت حقّه . وبعبارة واضحة أنّ الاجازة متعرّضة لإنفاذ عقد الراهن وإمضائه وتصرّف من المرتهن في حال ثبوت حقّه بخلاف الاسقاط أو السقوط ضرورة أنّه ليس متعرّضاً لمعنى العقد وإنفاذه فالعقد باقٍ على حاله ، وحيث كان العقد عند وقوعه من الراهن متعلّقاً لحقّ الغير ولم يعقّب باجازة من له حقّ فهو باقٍ كما وقع ، والمفروض عدم وقوع عقد آخر من الراهن فعليه لا يكون صحيحاً وهو أشبه شيء بمسألة من باع شيئاً ثمّ ملك .

وقد أجاب عنه الشيخ[1] وتبعه الميرزا[2] (قدّس سرّهما) بأنّ عدم صحّة البيع عند وقوع عقد الراهن ليس لأجل قصور المقتضي في العقد كما هو الحال في من باع شيئاً ثمّ ملك ، بل كان لأجل المانع والمفروض ارتفاع المانع بالاسقاط أو السقوط فالمقتضي بعد ارتفاع المانع يؤثّر أثره .

وفيه : أنّه قد ذكرنا مراراً أنّ مقالة المقتضي والمانع لا تجري في الأحكام الشرعية والأُمور الاعتبارية بل القيود والشرائط فيها ترجع إلى قيود الموضوع فعدم كون المبيع متعلّقاً لحقّ الغير قيد في الموضوع كسائر الشرائط المأخوذة في موضوع البيع ، هذا بناءً على مسلك المشهور من أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف .

---

(١) المكاسب ٤ : ١٦٤ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٣٥ .

وأمّا بناءً على ما سلكناه من صحّة بيع الراهن بلا حاجة إلى إجازة المرتهن فالأمر واضح . وكيف كان فعلى مسلك المشهور هذا الشرط مثل الشرائط الأُخر مأخوذ في الموضوع فلابدّ من أن يكون ما يقع عليه العقد طلقاً إمّا من حين وقوعه أو بالاجازة المتأخّرة الكاشفة عن وقوعه طلقاً .

ولا يقاس سقوط حقّ الرهانة بعد البيع بالاجازة لأنّ الحكم بصحّة البيع مع الاجازة كان من جهة أنّ غاية ما يستفاد من قوله (صلّى الله عليه وآله) « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف »(١) عدم نفوذ تصرفاتهما بالاستقلال ، وبعد الاجازة لا يصدق الاستقلال فلا يعمّه دليل المنع بل تعمّه عمومات صحّة البيع وهذا الوجه غير جارٍ في المقام ، كما أنّه لا يجري في المقام أيضاً التعليل المذكور في ذيل رواية العبد « فإنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز جاز »(٢) حيث ذكر (سلام الله عليه) نفوذ العقد بالاجازة المتأخّرة ، والمفروض في المقام عدم الاجازة فعليه لا مانع من شمول إطلاق قوله (صلّى الله عليه وآله) « الراهن ... » لما نحن فيه بداهة أنّ إسقاط حقّ الرهانة أو سقوطها لا يكون موجباً لخروج العقد الواقع من الراهن في ظرفه عن كونه عقد الراهن فقط من دون رضا المرتهن .

ومن هنا يظهر أنّه لا مجال لما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)(٣) من أنّ المقام من باب وجوب العمل بالعامّ لا من باب استصحاب حكم الخاص الخ ، وذلك لأنّ قوله (صلّى الله عليه وآله) « الراهن والمرتهن » الخ بإطلاقه يشمل موارد فكّ الرهن والاسقاط ، وقد تقدّم أنّ هذا الكلام مخصّص لأدلّة عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** وليس

---

(١) المستدرك ١٣ : ٤٢٦ / كتاب الرهن ب١٧ ح٦ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٤ ح١ ، ٢ .

(٣) المكاسب ٤ : ١٦٤ .

المقام إلّا مثل البيع الغرري إذا زال الغرر بعد البيع وهل توهم فاضل صحّة العقد الواقع غررياً بعد زوال الغرر كلّا ثمّ كلّا ، وإن كان ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم صحّة التمسّك بالاستصحاب حقّاً خصوصاً على مسلكنا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام التكليفية الإلهية .

ثمّ إنّه لو تنزّلنا وقلنا بصحّة بيع الراهن مع لحوق فكّ الرهن وسقوط حقّ الرهانة فلابدّ من القول بالنقل دون الكشف ، وذلك أنّه لو قلنا إنّ الكشف على خلاف القاعدة والقول به كان لأجل الروايات الدالّة على الكشف فالأمر واضح بداهة عدم وجود رواية في المقام بل الروايات كانت في الاجازة ، وكذا إذا قلنا إنّ الكشف على مقتضى القاعدة لأنّه كان في الاجازة من حيث إنّ الاجازة من الأُمور التعلّقية التي يمكن تعلّقها بالأمر السابق ، والفكّ ومطلق السقوط بالأداء والإبراء ليس من هذا القبيل كما هو واضح ، فلابدّ من القول بالنقل وأنّ عقد الراهن يكون صحيحاً من حين الفكّ والاسقاط والسقوط .

ثمّ إنّه على القول بالكشف هل يكون للراهن فسخ العقد قبل الفكّ ونحوه أم لا ، ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في بيع الفضولي إلى عدم جواز فسخ العقد بالنسبة إلى المشتري الأصيل ، لأنّه (قدّس سرّه) ادّعى شمول أدلّة الوفاء بالعقد له ، وفي المقام أيضاً قال (قدّس سرّه) بعدم جواز الفسخ للراهن ولا إبطاله ، ولكنّه قد عرفت فيما تقدّم أنّه لا يمكن المساعدة عليه لما ذكرناه من أنّ العقد قائم بالطرفين ولا يشمله عموم الأدلّة إلّا بعد تماميته ، وتفصيل الكلام في بيع الفضولي فراجع(٢).

وعلى فرض تسليم اللزوم وعدم جواز الفسخ هل يجب على الراهن فكّه

(١) المكاسب ٣ : ٤١١ ـ ٤٢٠ .

(٢) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٤٦٦ فما بعدها .

وتسليمه إلى المشتري أم لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام وجهين إلّا أنّ الحقّ عدم الوجوب لأنّ الواجب على الراهن عدم نقض العقد ووجوب الوفاء به وأمّا دفع حقوق الغير عن العين المبيعة وإحياء مقدّمات تملّك الغير والمشتري مثلاً فلا . وغير خفي أيضاً أنّه لا يمكن أن يكون دليل واحد إرشادياً وتكليفياً معاً وقد ذكرنا مراراً أنّ وجوب الوفاء بالعقد في أدلّة البيع إرشادي محض وإرشاد إلى عدم نفوذ فسخه العقد ومع ذلك كيف يمكن أن يتكفّل وجوب الفكّ الذي هو من الأحكام التكليفية ، وتوهم أنّ الفكّ مقدّمة لتسليم ملك الغير إلى مالكه فيجب لذلك ، يدفعه أنّ المبيع لم يدخل بعدُ في ملك المشتري ليجب تسليمه بل هو بعد مراعى .

وعلى فرض تسليم وجوب الفكّ تكليفاً هل يجبر الحاكم ومن بيده الأمر الراهن في صورة امتناعه عن أداء حقّ الرهانة في صورة انحصار ماله في العين المرهونة وعدم انحصاره أم لا ، الظاهر إجباره لأنّه ولي الممتنع غاية الأمر يقدّم حقّ المرتهن في صورة انحصار المال في العين المرهونة ويترتّب عليه بطلان العقد من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

الشرط الثالث من شروط العوضين

القدرة على التسليم ، وكونها شرطاً في العوضين بحيث لو لم يكن هذا الشرط موجوداً يبطل البيع ، ممّا تسالم عليه الفقهاء من الخاصّة والعامّة في الجملة وسيأتي الكلام في مخالفة الفاضل القطيفي في ذلك ، نعم قد استثنى الخاصّة عن ذلك بيع العبد الآبق مع الضميمة وقالوا بصحّته .

ثمّ إنّ المراد من القدرة على التسليم المعتبرة في صحّة البيع ليس قدرة خصوص البائع على تسليم المبيع ، بل المراد نتيجة ذلك أي إمكان وصول المبيع في

يد المشتري حين البيع ولذا نحكم بصحّة البيع فيما إذا كان المشتري قادراً على التسلّم ولو لم يكن البائع قادراً على التسليم كما إذا كان المال في يد غاصب وكان المشتري قادراً على أخذه من يده ، ولكن يثبت للمشتري الخيار إذا كان جاهلاً بالحال لتخلّف الشرط الضمني ، إذ ليس عليه التسلّم بل يجب على البائع التسليم وللمشتري أخذ الأُجرة على تسلّم المبيع وتحصيله . وأيضاً نقول بصحّة البيع مع الخيار فيما إذا طرأ عليهما العجز بعد ما كانا قادرين على التسلّم والتسليم لوجود الشرط حين البيع إلّا أنّه إذا كان بمنزلة التلف يدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » فينفسخ البيع بعد ما وقع صحيحاً .

وكيف كان ، قد استند الفقهاء لكون هذا شرطاً في العوضين على ما هو المشهور بين الفريقين من نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر[1] ويقع الكلام في هذا النبوي تارة من حيث السند وأُخرى من حيث الدلالة .

أمّا الأوّل فهو مبني على ما ذهب إليه المشهور من انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور ، ولكنّه لا يتمّ صغرىً وكبرىً .

ولو سلّمنا هذه المقالة منهم فالرواية بحسب الدلالة عقيمة ، وذلك أنّ الغرر في اصطلاح الفقهاء وأهل اللغة على معنيين أحدهما الخديعة والثاني الخطر ، والغرر في الأول متعدٍ ويقال غرّه أي خدعه وفي الثاني لازم .

ويؤيّد الأول ما عن النهاية[2] وما عن الشهيد (قدّس سرّه)[3] من تفسير الغرر بما يكون محبوب الظاهر ومجهول الباطن أو مكروه الباطن . وأيضاً يؤيّده ما

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) النهاية لابن الأثير ٣ : ٣٥٥ ـ ٣٥٦ .

(٣) القواعد والفوائد ٢ : ١٣٧ ـ ١٣٨ .

ذكره بعض أهل اللغة[١].

وكيف كان ، أنّه مع هذين المعنيين لا يمكن الاستدلال به ، بداهة أنّه بناءً على أن يكون معنى الغرر الخديعة فنهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر يكون حكماً تكليفياً محضاً لا وضعياً وإرشاداً إلى بطلان البيع ولذا نقول بالخيار في التدليس وارتكاب المدلّس للحرام دون بطلان العقد ، لأنّ من حقّ المؤمن على أخيه المؤمن أن لا يخدعه ولا يدلّسه ، نعم لو ثبت المعنى الثاني فدلالته تامّة ولكن إثباته على عهدة قائله ، لأنّه مع هذا المعنى أي المعنى الأول في كلمات الفقهاء وأهل اللغة كيف يمكن إثبات المعنى الثاني ، وأمّا القول بأنّه يستكشف من استدلال الفقهاء بالنبوي المذكور واستناد الخاصّة والعامّة إليه في اشتراط هذا في العوضين أنّه اُريد منه المعنى الثاني فهو كما ترى ، لعدم كون استدلالهم موجباً لانعقاد الظهور في المعنى الثاني .

ولو فرضنا وسلّمنا أنّ الرواية دالّة على بطلان البيع الغرري فالحقّ ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من بطلان البيع سواء تعلّق الجهل بأصل وجود المبيع أو بحصوله في يد المشتري وبصفاته من حيث الكيفية أو الكمّية ، وأمّا تخصيص الشهيد (قدّس سرّه)[٣] الغرر بموارد الجهل بالحصول وتخصيص بعضهم[٤] بموارد الجهل بصفات المبيع مثلاً من حيث الكمية والكيفية ونقضه على الشهيد (رحمه الله) بأنّه لو كان الجهل بالحصول غررياً وموجباً لبطلان البيع يلزم أن يكون بيع الغائب باطلاً

(١) الصحاح ٢ : ٧٦٨ ، مجمع البحرين ٣ : ٤٢٣ .
(٢) المكاسب ٤ : ١٧٨ ـ ١٧٩ .
(٣) تقدّم مصدره في الصفحة السابقة .
(٤) الجواهر ٢٢ : ٣٨٨ .

وهذا مقطوع الفساد ، فلا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأنّ احتمال الخطر موجود في جميع ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) كما هو واضح .

وأمّا عدم صحّة نقض ذلك البعض فلأنّ بيع الغائب على قسمين : قسم محتمل الخطر كما إذا لم يوثق بحصوله فيكون داخلاً فيما نحن فيه ونحكم ببطلان مثل هذا البيع ، وقسم لا يحتمل فيه الخطر أصلاً كما إذا كان موثوق الحصول فيقع صحيحاً . وأيضاً ما ذكره الشهيد (قدّس سرّه) من أنّ الغرر شرعاً هو جهل الحصول ، في غاية الخفاء بداهة عدم ثبوت حقيقة شرعية للغرر بل هو على المعنيين اللذين ذكرهما أهل اللغة والفقهاء كما لا يخفى .

ثمّ إنّه هل تكون موارد العلم بالخطر أيضاً مثل موارد الجهل واحتمال الخطر أم لا ؟ يمكن أن يقال بالثاني وأنّه لا يبطل البيع لأنّه قد أُخذ في مفهوم الغرر الجهل وموارد العلم بالخطر خارجة عن مورد النبوي ، ولكن الحقّ بطلان البيع في صورة العلم بطريق أولى بفهم العرف ، بداهة عدم الموضوعية للجهل بالخطر حتّى يقال بالمقالة المذكورة بل المناط في البطلان هو الخطر وإنّما حكموا ببطلان البيع في صورة احتمال الخطر لأجل أن لا يقع المتبايعان في الخطر .

وأمّا الاستدلال على بطلان هذا البيع بلزوم السفاهة أو بأنّه أكل المال بالباطل ففي غير محلّه ، لما ذكرناه مراراً من عدم الدليل على بطلان البيع السفهي والدليل إنّما هو على بطلان بيع السفيه ، وأيضاً لا ربط لمقالة أكل المال بالباطل بالمقام لما ذكرناه مراراً من أنّ الظاهر من الآية الشريفة حرمة أكل المال لسبب باطل مثل القمار ونحوه ، فتكون ناظرة إلى الأسباب وأجنبية عن شرائط العوضين .

وقد استدلّ الميرزا (قدّس سرّه)[1] على كون القدرة على التسليم شرطاً في

---

(١) منية الطالب ٢ : ٣٣٩ ـ ٣٤٠ .

العوضين وبطلان البيع عند عدمها : بأنّ العقلاء لا يرون المالية في المال الذي لا يمكن التسليم والتسلّم فيه ولا يكون مالكه قادراً ومتمكّناً على قلبه وانقلابه بأي نحو من أنحاء التصرّف كالطير في الهواء والسمكة في الماء والبحر . وهذا الوجه لا بأس فيه في الجملة بناءً على اعتبار المالية في المبيع ، وإنّما الكلام في اعتبار مالية المبيع في صحّة البيع وقد ذكرنا في المباحث السابقة أنّه لا يعتبر في البيع أن يكون المبيع مالاً ، مضافاً إلى أنّه كيف تكون مالية المال معدومة عند عدم القدرة على التسليم والتسلّم ما لم يعدّ في العرف تالفاً ، وما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) لا بأس فيه في مثل الطير في الهواء والسمكة في الماء ممّا يعدّ تالفاً عند العرف ، وأمّا في مثل الدار المغصوبة ونحوها فلا يعدّ تعالفاً بل يعدّ مالاً عند العقلاء[١].

وقد استدلّ **شيخنا الأنصاري** (قدّس سرّه)[٢] أيضاً على المقام بالنبوي المستفيض من قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك »[٣] بناءً على عدم إرادة الحضور من قوله (صلّى الله عليه وآله) عندك لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً . ولا يخفى أنّ قوله (قدّس سرّه) والسلف لعلّه سهو من القلم ، لأنّ بيع السلف بيع الكلّي وبيع ما لا يملكه فهو صحيح وخارج عن محلّ الكلام بأي معنى فسّرنا قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ ، وأيضاً ليس المراد من كلمة عندك مجرّد الملك وإلّا كان المناسب أن يقول (صلّى الله عليه وآله) ما ليس لك ، وأيضاً ليس معناه مجرّد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته مع تمسّك العلماء طرا بالنبوي المذكور على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ولو كان المبيع تحت قدرته وكان قادراً على

---

(١) [سيأتي في الصفحة ٣٢٧ مزيد التوضيح لذلك] .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٣ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ (مع اختلاف يسير) .

تسليمه خصوصاً إذا كان وكيلاً عن مالكه في بيعه ولو من نفسه ، مضافاً إلى ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة كما نقل عنه الشيخ (قدّس سرّه) في باب الفضولي[1] من أنّ مورد الرواية بيع ما لا يملك ثمّ شراؤه من صاحبه والردّ إلى المشتري ، فالحقّ في معناه أن يقال إنّ المراد منه السلطنة التامّة الفعلية المتوقّفة على الملك والقدرة على التسليم .

ثمّ قال : ودعوى أنّ المراد به الاشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء غير المملوك ثمّ تحصيله بشرائه ودفعه إلى المشتري مدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد ، ثمّ استدرك وقال إنّه يمكن أن يقال إنّ غاية ما يدلّ عليه هذا النبوي بل النبوي المتقدّم فساد البيع بمعنى عدم كونه علّة تامّة فلا مانع من وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتبدّل عدم القدرة بالقدرة ، ولو سلّمنا أنّ الظاهر من النبويين فساد العقد رأساً يعني كونه لغواً بالمرّة فلابدّ إمّا من ارتكاب خلاف الظاهر وإمّا من إخراج بيع الراهن العين المرهونة لما ذكرناه من صحّة عقده بعد إجازة المرتهن مع أنّه كان غير قادر على تسليمها ، وكذا بيع العبد الجاني عمداً والمحجور عليه لسفه بعد إجازة وليّه أو رقّ بعد إجازة سيّده أو فلس بعد ارتفاع حجره .

وللمناقشة فيما ذكره (قدّس سرّه) مجال واسع ، أمّا ما ذكره (قدّس سرّه) أوّلاً في معنى النبوي من قوله فيتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامّة الفعليّة الخ فغير سديد ، وذلك لأنّ هذا التعبير أي « عندك » تعبير متعارف في زماننا هذا أيضاً كما يقال : عندي من الأملاك كذا ومن النقدين كذا ، ويراد منه كون هذه الأشياء ملكاً له ، ويُعبّر عند عدم كونه مالكاً لشيء ما عندي شيء . وبعبارة واضحة أنّه تارة

---

(١) المكاسب ٣ : ٣٦٧ .

نلاحظ في كلمة عندك معناه الابتدائي وفي بدو النظر فعليه يكون معناه عدم كونه حاضراً عنده كما يقال ما عندي ساعة في جواب من يسأل عن مقدار الساعة من النهار مع كونه مالكاً لساعات وهي غائبة عنه ، وأُخرى نلاحظ معناه غير الابتدائي فهو عبارة عمّا ذكرناه من أنّ هذا التعبير إنّما يكون في موارد عدم كونه مالكاً كما يقال ليس عندي شيء يعني لست بمالك وليس الشيء مملوكاً لي ، فعليه يكون المراد من النبوي النهي عن بيع ما ليس ملكاً للبائع .

وأمّا ما ذكره (قدّس سرّه) بقوله : وأمّا الإيراد عليه بدعوى أنّ المراد به الاشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة الخ ، فمناف لما ذكره هو (قدّس سرّه) في بيع الفضولي ونقله عن العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة من أنّ مورد الرواية بيع الشيء غير المملوك ثمّ تحصيله من صاحبه ودفعه إلى المشتري .

وأمّا ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم الرجحان لهذه التخصيصات وعدم المانع من الالتزام بوقوع البيع مراعى في كلّ مورد يعجز عن تسليمه الخ فلا يمكن المساعدة عليه ، وذلك .

أوّلاً : أنّ الالتزام بهذه التخصيصات لا محذور فيه لعدم الاستهجان بخروج ثلاثة موارد من تحت الرواية .

وثانياً : أنّه لو دار الأمر بين ارتكاب خلاف الظاهر والالتزام بهذه التخصيصات فالثاني أولى ، بداهة أنّ الظهور حجّة ولا يرفع اليد عنه إلّا بالمقدار المتيقّن منه ولذا لم يتوهّم أحد في دلالة قولنا أكرم العلماء على الوجوب بعد ورود التخصيصات عليه بقولنا ولا تكرم زيداً ولا عمراً ولا بكراً ولم يحمله على الاستحباب مع الاعتذار عن هذا الحمل بأنّه لو لم يحمل على الاستحباب يلزم التخصيصات .

وثالثاً : أنّ ما ذكره من الموارد إنّما يكون تخصيصاً بالنسبة إلى قوله (صلّى الله

عليه وآله) « لا تبع » الخ دون قوله (صلّى الله عليه وآله) « نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر » لعدم تحقّق الغرر في تلك الموارد المذكورة ، بداهة أنّ المرتهن والولي إمّا أن يجيزا العقد أو لا ، فعند الاجازة يكون المبيع للمشتري وعند عدم الاجازة يبقى الثمن في ملكه فلا يتحقّق الخطر كما هو الظاهر ، ولذا لم يتمسّك أحد لبطلان الفضولي بقوله (صلّى الله عليه وآله) « نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر » .

ورابعاً : أنّ خروج هذه الموارد من باب التخصّص دون التخصيص ، وذلك لأنّ عقد المحجور لرقّ وصغر ونحوهما ليس إلّا مثل العقد الفضولي في عدم كونه مشمولاً لعمومات أدلّة البيع إلّا بعد اجازة الولي ، والمنتسب إليه العقد إنّما هو الولي وبديهي أنّ الولي قادر على تسليمه عند كونه مشمولاً لأدلّة البيع ، والمناط هو عقد الولي مثل المالك في الفضولي ، فكما أنّ العقد بالنسبة إلى الفضولي ملغى كذا بالنسبة إلى المحجور . وأمّا مسألة العبد الجاني فخروجه بالتخصّص من الواضحات بداهة أنّ مالكه يبيع العبد بهذه الصفة أي كونه في معرض الاسترقاق والقتل ويسلّمه إلى المشتري ، فالعقد من الأول صحيح ومشمول لعمومات أدلّة الامضاء . وأمّا مسألة بيع الراهن فخروجه بالتخصيص موقوف على دلالة قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » على عدم القدرة الشرعية أيضاً ، وأمّا إذا قلنا إنّه لا يدلّ إلّا على اشتراط قدرة التسليم خارجاً فهو أيضاً خارج بالتخصّص ، لأنّ الراهن قادر على تسليمه خارجاً مع قطع النظر عن عدم القدرة شرعاً .

ومن الأُمور التي استدلّ بها على اشتراط قدرة التسليم في العوضين دعوى الملازمة بين صحّة العقد ووجوب التسليم وبالقياس الاستثنائي يثبت عدم صحّة العقد عند عدم القدرة على تسليمه حيث إنّه يقال لو صحّ العقد لوجب التسليم لكن التسليم لا يجب في صورة العجز عنه فالعقد لا يصحّ .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بأنّه إن اُريد منه الوجوب المطلق فالملازمة ممنوعة لأنّه لا مانع من أن يكون العقد صحيحاً ولا يكون التسليم واجباً لعذر ، وإن اُريد منه مطلق الوجوب ولو بنحو الوجوب المشروط بالتمكّن فنسلّم الملازمة فنقول إنّه يجب التسليم عند القدرة عليه ، وفي تعبير الشيخ (قدّس سرّه) بالوجوب المطلق مسامحة ظاهرة ، بداهة عدم تعقّل الوجوب المطلق في نفسه لكون التكليف مشروطاً بالقدرة من دون أن يشكّ فيه أحد لاستحالة التكليف بما لا يطاق ، فلا معنى لجعل الوجوب المطلق طرف الاحتمال ، وكان له (قدّس سرّه) أن يعبّر بهذا التعبير بأن يقول إن اُريد منه الوجوب الفعلي منعنا الملازمة الخ .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّه قد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب ثمّ يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط ، ثمّ قال وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح ، ولكنّه كان الأولى أن لا يذكر الاعتراض ولا المعارضة لأنّه لا يرجع إلى محصّل ، لأنّ مقتضى الأصل في ناحية الوجوب عند الشكّ في تقيّده التقييد بداهة أنّه لو كان في المقام إطلاق نتمسّك به ولا تصل النوبة إلى الأصل ، وإلّا فالمرجع هو أصل البراءة عن التكليف لرجوعه إلى الشكّ في التكليف الزائد عند فقد القيد ، مع أنّه لا شكّ لنا في كون التكليف مشروطاً بالقدرة لما هو الواضح عند الكلّ من استحالة التكليف بما لا يطاق ، وكذا لا محصّل لمقالة المعارضة أيضاً بداهة أنّه عند عدم وجود الاطلاق في باب المعاملات فالأصل هو الفساد كما ذكرناه في موطنه دون الصحّة وهو نتيجة التقييد .

ومن الاُمور المستدلّ بها في المقام أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ من المتبايعين بما يصير إليه ولا يتمّ هذا إلّا بالتسليم .

---

(١) المكاسب ٤ : ١٨٥ .

وقد أجاب عنه الشيخ (قدّس سرّه) بوجهين ونعم ما أجاب: أحدهما منع توقّف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز عتق العبد الآبق في الكفّارة. وثانيهما: أنّ الغرض منه الانتفاع بعد التسليم وهو حاصل. ويضاف إلى ما ذكره (قدّس سرّه) أنّ تخلّف الغرض لا يكون موجباً لعدم صحّة العقد كما هو الواضح.

وممّا استدلّ به أيضاً في المقام: أنّ بذل الثمن على غير المقدور سفهي فيصير ممنوعاً. وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل حصوله لا يكون سفهياً بل ربما يعدّ تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفهياً. ويضاف إلى ما ذكره (قدّس سرّه) ما ذكرناه مراراً وحقّقناه مفصّلاً من أنّه لا دليل على بطلان البيع السفهائي وإنّما الدليل على بطلان بيع السفيه فافهم وتأمّل جيّداً، وقد ذكرنا في أوّل البحث أنّ الميرزا (قدّس سرّه)[1] قد استدلّ على اعتبار القدرة على التسليم والتسلّم في صحّة العقد بوجه آخر وحاصله: أنّ المبيع الذي لا يكون البائع قادراً على تسليمه ولا المشتري على تسلّمه لا يعدّ في العرف مالاً ويسقط عن المالية، ثمّ أورد على نفسه أنّ لازم ذلك أن يقال بانفساخ البيع في صورة طروّ عدم القدرة على التسليم والتسلّم لأنّه يكون من قبيل التلف قبل القبض فيدخل تحت قاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» مع أنّ الفقهاء لا يلتزمون بذلك بل يقولون بالخيار لتعذّر التسليم، ثمّ أجاب عنه بأنّ تلك القاعدة تختصّ بالتلف الحقيقي ولا تعمّ التلف الحكمي وذكر أنّه فرق بين المقام وبين هذا المورد بداهة أنّه لو لم يكن التسليم ولا التسلّم من الأوّل مقدوراً فهذا المال لا يعدّ في العرف مالاً، بخلافه ما لو طرأ عليه العجز أو كان المنتقل إليه قادراً على تسلّمه دون المنتقل عنه فالمالية موجودة ويتدارك نقصها بالخيار.

---

(١) تقدّم في الصفحة ٣٢٢.

وبعبارة أُخرى : أنّا لا نقول بالتلف بل نقول بعدم المالية عند عدم القدرة على التسليم والتسلّم ، فهذا المناط أي مناط المالية موجود في الصورة الثانية أي في صورة طروّ عدم القدرة .

ولكن الذي ينبغي أن يقال في المقام : إنّه لا ملازمة بين عدم القدرة على التسليم والتسلّم وبين خروج الشيء عن المالية وعدم إمكان الانتفاع به ، لأنّ الشيء قد لا يمكن فيه التسلّم من المشتري ولا التسليم من البائع ومع ذلك يمكن الانتفاع منه بالعتق ونحوه ويعتبره العقلاء مالاً من الأوّل كالعبد الآبق والجارية الآبقة ، بداهة أنّه وإن لم يتمكّن البائع ولا المشتري عن تسليمه وتسلّمه إلّا أنّه يمكن الانتفاع به في العتق ، ولا إشكال في كونه مالاً عند العرف أيضاً ، وليس مثل العبد الآبق إلّا مثل العبد المريض الذي يحتمل فيه الصحّة والموت من حيث كونه معيباً فيباع بهذا الوصف .

وأُخرى يكون الشيء من الأُمور التي لا يمكن الانتفاع بها إلّا مع التسليم والتسلّم ولا يقدر البائع ولا المشتري على تسليمه وتسلّمه ولا شخص آخر من الناس ، فإن لم يحتمل رجوعه أيضاً كما إذا شرد الغزال الوحشي أو طار الطير الوحشي بعد اصطيادهما فإذن لا يصحّ بيعه لكونه في نظر العرف بمنزلة التلف ولا يرون فيه المالية ولا الملكية ، فلو لم تعتبر المالية في المبيع يكون بيعه باطلاً أيضاً لأنّ مثل هذا المال يعدّ في العرف تالفاً خارجاً عن الملك ، وأمّا إن كان مرجوّ الحصول والرجوع اطمئناناً أو علماً فحينئذ لا مانع من بيعه ولا إشكال في صحّته لكونه مالاً وماليته محفوظة عند العرف ، وإن كان ممّا يحتمل الرجوع والقدرة على تسليمه وتسلّمه ويحتمل عدم ذلك فحينئذ لا يمكن الحكم بصحّة بيعه ، ولا يمكن التمسّك بعمومات أدلّة البيع لأنّه من الشبهة المصداقية . نعم لو وقع العقد وحصلت القدرة بعده فنحكم بصحّته بداهة أنّ الاطمئنان والعلم لم يكن لهما موضوعية في صحّة العقد

بل كانا طريقاً محضاً ، وفي المقام أيضاً إذا حصلت القدرة نستكشف كونه مالاً وماليته محفوظة حين العقد أيضاً .

وثالثة يكون الشيء ممّا لا يقدر البائع والمشتري فقط على تسليمه وتسلّمه ولكنّه كان الثالث قادراً عليه كما إذا كانت الدار مغصوبة وقد غصبها مقتدر ولكنّه يقدر على أخذها منه شخص آخر دون البائع والمشتري ، فحينئذ أيضاً لا مانع من جواز البيع وصحّته لأنّه مال في نظر العرف بلا إشكال .

فتحصّل من جميع ما ذكرناه : عدم صحّة البيع في الصورة الأُولى من القسم الثاني ولو لم نعتبر المالية في المبيع أيضاً كما لا نعتبره ، وفي هذه الصورة إذا طرأ العجز بعد البيع نحكم بانفساخ المعاملة لصدق التلف عرفاً فتشمله قاعدة « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » وأمّا في باقي الصور فالبيع محكوم بالصحّة ، هذا كلّه بحسب القاعدة .

ولكنّه قد وردت في بيع العبد الآبق والجارية الآبقة روايات على عدم صحّة البيع عند عدم القدرة على تسليمه وتسلّمه بلا ضميمة ، ويستفاد من العلّة المذكورة في ذيل بعض تلك الروايات اشتراط القدرة على التسليم أو التسلّم ولو في بعض المبيع وهي عبارة عن قوله (عليه السلام) في ذيل موثّقة سماعة « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه »[١] الخبر ، ولا يخفى أنّ مفاد هذا الكلام جواز بيع غير المقدور على تسليمه وتسلّمه مع الضميمة في غير العبد الآبق كالدابة الشاردة إذا ضمّ إليها شيء آخر مقدور ، ولكنّه لم يلتزم به المشهور في غير العبد الآبق .

ثمّ إنّه قد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّ الظاهر من كلمات

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١١ ح ٢ وفيه « فيما اشترى منه » .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٦ .

الأصحاب (رضوان الله عليهم) كون القدرة شرطاً، وقد صرّح بذلك في الغنية[١] بعد ما حكم بعدم صحّة بيع ما لا يمكن التسليم فيه قال فينتفي المشروط بانتفاء شرطه، ومع ذلك قد استظهر في الجواهر[٢] من هذه العبارة كون عدم القدرة مانعاً لا شرطاً واستشهد على ما ذهب إليه بمسألة بيع الضالّ والضالّة حيث حكم بعض منهم العلّامة (قدّس سرّه)[٣] بصحّة بيعه، لأنّ الأصل عدم المانع عند العقد، ثمّ قال (قدّس سرّه) وتظهر الثمرة بينهما في موارد الشكّ بداهة أنّه لو قلنا بكون القدرة شرطاً فلابدّ من إحرازها عند العقد، وإن قلنا بكونها مانعاً فيصحّ التمسّك بأصالة عدم المانع.

وقد أورد على هذا الشيخ (قدّس سرّه) أوّلاً: بأنّ القول بالمانعية يخالف ظواهر كلمات الأصحاب. وثانياً: أنّه لا معنى لأن يكون عدم القدرة والعجز مانعاً، لأنّ عدم القدرة والعجز أمر عدمي فلا يصلح لأن يكون مانعاً، لأنّ المانع أمر وجودي فما معنى قولنا إنّ صحّة العقد يعتبر فيه عدم عدم القدرة أو عدم العجز، فلا وجه للدوران بين الشرطية والمانعية في المقام، نعم فرض الشرطية أو المانعية يصحّ في مثل العدالة أو الفسق بأن يقال إنّ العدالة شرط في إمام الجماعة أو الفسق مانع وأيضاً لهذا النزاع وجه في اللباس المشكوك لو شكّ في لباس هل هو مأخوذ من المأكول أو من غيره بأن يقال: إنّ المأكولية شرط أو لبس غير المأكول مانع وملخّصه: أنّ هذا النزاع إنّما هو في موارد أمرين وجوديين لا فيما إذا كان أحد الشيئين وجودياً والآخر عدمياً.

وثالثاً: أنّه لا ثمرة بينهما أصلاً، بداهة أنّه لو كان الشخص مسبوقاً بالحالة

---

(١) الغنية: ٢١١.

(٢) الجواهر ٢٢: ٣٨٥.

(٣) التذكرة ١٠: ٤٩.

السابقة من القدرة وعدمها يكون المورد من موارد جريان الاستصحاب سواء قلنا بأنّ القدرة شرط أو أنّ العجز وعدم القدرة مانع ، وأمّا مسألة الضالّ والضالّة فلا ربط لهما بالمقام فإنّ اختلاف الأصحاب فيهما من جهة اختلافهم في تحقّق الغرر وعدمه كما سيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

وفيما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) ما لا يخفى ، أمّا ما ذكره من مقالة تسالم الفقهاء على كون القدرة شرطاً ، ففيه : أنّه مضافاً إلى عدم كون كلامهم حجّة أنّهم لا يذكرون هذه الكلمات إلّا من باب التعبير من دون ملاحظة المعاني المصطلحة للشرط والمانع أصلاً وإنّما يريدون بهما مجرد دخل الشيء في الحكم بل يعبّرون بمثل هذه الكلمات في موارد عديدة من غير تحقيق وتفكّر في أطرافها ، فلابدّ من النظر إلى دليل المسألة ، والمستفاد من النبوي الذي نهى النبي فيه عن بيع الغرر على فرض تماميته كون العجز مانعاً ، فإنّ النهي فيه إرشاد إلى المانعية وقد أُخرج البيع الغرري عن تحت عمومات الباب بالتخصيص .

وأمّا ما ذكره في جوابه الثاني فهو متين فيما إذا كان التقابل بين الشيئين تقابل الايجاب والسلب لا في مثل الموارد التي يكون التقابل بالعدم والملكة ، بداهة أنّه لا مانع من أن يكون المانع في هذه الموارد أمراً عدمياً ، وضروري أنّه لا نعني بالمانع في هذه الموارد إلّا أن يكون عدمه مأخوذاً في الموضوع ، والمقام أيضاً كذلك حيث إنّه يعتبر في صحّة البيع أن لا يكون غررياً وغير مقدور على تسليم المبيع فيه ، وليس المقام إلّا مثل قولنا إنّ العمى مانع عن صحّة الجماعة ويعتبر أن لا يكون الإمام أعمى ، ومن هنا يظهر أنّ ما قد يتراءى من كلام بعض من عدم إمكان تأثير المعدوم في الموجود ليس كما ينبغي ، لأنّ مرادنا بالمانع ليس هو معناه المصطلح بل المراد منه كما ذكرنا ما يكون عدمه مأخوذاً في موضوع الحكم .

وأمّا جوابه الثالث فهو تامّ لكن لا لما ذكره من الرجوع إلى الاستصحاب

على كلا الفرضين لأنّا نفرض الكلام فيما إذا كان الشخص جاهلاً بالحالة السابقة أو مسبوقاً بحالتين وشكّ في التقدّم والتأخّر ، بل الوجه في إنكار الثمرة أنّه كما لابدّ من إحراز الشرط لابدّ من إحراز عدم المانع أيضاً ، فلا ثمرة بين القولين إلّا على القول بقاعدة المقتضي والمانع بأن يقال إنّ العقد مقتضي الصحّة وعدم القدرة مانع فالأصل عدمه ، ولكنّه قد ذكرنا في موطنه أنّه لا أصل لهذه القاعدة ، بل يمكن أن يقال إنّه لا شكّ لنا أصلاً بناءً على ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في معنى الغرر من احتمال الخطر ، بداهة أنّا في موارد الشكّ نحتمل الخطر فالمانع محرز فلا يصحّ العقد .

وبالجملة : أنّ الثمرة المذكورة بين القولين مردودة لأنّه كما يعتبر إحراز الشرط يعتبر إحراز عدم المانع أيضاً . وبعبارة أُخرى أنّ المناط في القدرة والعجز ليس وجودهما الواقعي بل وجودهما الاحرازي ، فلابدّ من إحرازهما سواء قلنا بكون القدرة شرطاً أو العجز وعدم القدرة مانعاً ، فعليه إذا كان عدم القدرة مسبوقاً بالحالة السابقة نستصحب ونحرز عدمها ونحكم ببطلان العقد ، ولكن هذا مبني على ما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه) وقوّاه الميرزا (قدّس سرّه) واخترناه من أنّه لا يعتبر في جريان الاستصحاب أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي ، بل المعتبر في جريانه عدم اللغوية من جريانه ، خلافاً لصاحب الكفاية حيث اعتبر في جريانه أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي ، بداهة أنّه بناءً على ما ذهب إليه لا يجري الاستصحاب المذكور لعدم كون القدرة وعدمها الواقعي حكماً ولا موضوعاً لحكم شرعي ، لعدم ترتّب الأثر على وجودها الواقعي بل على وجودها الاحرازي .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ الشكّ في القدرة على التسليم وعدمها تارة يكون من جهة الشبهة الحكمية المفهومية وأُخرى من جهة الشبهة الموضوعية ، فإن كان بالوجه الأوّل كما إذا لم نعلم أنّ المراد من القدرة على التسليم القدرة العقلية بأن

لا يكون التسليم متعذّراً أو أنّ المراد منها العرفية بأن لا يكون متعسّراً ، فحينئذ لا فرق بين القول بشرطية القدرة أو أنّ عدم القدرة أو العجز مانع من كون العقد صحيحاً من جهة التمسّك بعمومات أدلّة صحّة البيع ، لما حقّق في موطنه من أنّه لا يرفع اليد عن عموم العام وإطلاق المطلق إذا كان دليل المخصّص أو المقيّد مجملاً إلّا بالمقدار المتيقّن .

وإن كانت الشبهة موضوعية بأن يشكّ في وجود القدرة وعدمها ، فحينئذ إن قلنا إنّ الدليل على اعتبار القدرة هو نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فظاهره مانعية احتمال الخطر ـ بناء على كون المراد من الغرر احتمال الخطر ـ لا شرطية القدرة ولا مانعية العجز . فحينئذ أيضاً لا فرق بينهما في بطلان العقد وذلك لوجود هذا الاحتمال وجداناً وخروج المورد من موارد الشبهة رأساً . وتوهّم أنّه لو كانت القدرة مسبوقة بالحالة السابقة نستصحب ونثبت القدرة فعلاً فيحكم بصحّة العقد في غاية السقوط ، لأنّ الموجب لبطلان العقد وعدم صحّته هو احتمال الخطر فهو موجود وجداناً ، وليست القدرة موضوعاً للحكم بل الموضوع هو عدم احتمال الخطر كما هو المستفاد من النبوي (صلّى الله عليه وآله) وبديهي أنّ استصحاب القدرة لا يثبت عدم احتمال الخطر إلّا على القول بالأصل المثبت وهو كما ترى ، نعم لو قامت البيّنة على القدرة فعلاً تثبت لوازمها تعبّداً .

وأمّا إذا كان دليل الاعتبار قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك »[1] وفسّرنا « ما ليس عندك » بعدم السلطنة والقدرة لا عدم الملك ، فحينئذ إن كانت القدرة مسبوقة بالحالة السابقة نستصحب فنحكم بصحّة البيع ، وكذا نستصحب عدم القدرة أو العجز ونحكم ببطلان العقد إذا كان عدم القدرة أو العجز

(١) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

مسبوقاً بالحالة السابقة بلا فرق بين شرطية القدرة أو مانعية العجز ، وأمّا إذا كان كلّ منهما مسبوقاً بالحالة السابقة ولكنّه قد اشتبه المتقدّم والمتأخر فيتعارض الاستصحابان ويرجع إلى الأصل الآخر الموجود في المقام وهو عبارة عن أصالة الفساد في المعاملة وعدم انتقال الثمن من ملك مالكه إلى البائع وأصالة عدم انتقال المثمن من ملك صاحبه إلى المشتري .

وأمّا إن لم يكن لهما حالة سابقة أصلاً فقد ذكرنا في موطنه أنّه يترتّب الأثر في موارد دوران الأمر بين شرطية أحد الضدّين ومانعية الضدّ الآخر كالعدالة والفسق إذا شككنا في كون العدالة شرطاً أو الفسق مانعاً ولم يكن لواحد منهما حالة سابقة ، فحينئذ لو قلنا بكون العدالة شرطاً في الجماعة نستصحب عدمها باستصحاب العدم الأزلي فيترتّب عليه عدم جواز الصلاة خلفه ، وإن قلنا بكون الفسق مانعاً فنستصحب عدمه ويترتّب عليه جواز الصلاة خلفه أو قبول شهادته مثلاً ، إلّا أنّه لا ثمرة بينهما في مثل المقام الذي يكون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ، وذلك لجريان استصحاب عدم القدرة الأزلي على كل تقدير ويترتّب عليه بطلان العقد سواء قلنا بكون القدرة شرطاً أو العجز وعدم القدرة مانعاً ، نعم لو قلنا إنّ العجز أمر بسيط وجودي منتزع من عدم القدرة تكون الثمرة موجودة ، لأنّه بناء على كون ذلك الأمر البسيط مانعاً فنستصحب عدمه باستصحاب العدم الأزلي فنثبت عدم العجز فيصحّ العقد ، كما لا يبعد أن يكون العمى من هذا القبيل أي أمراً بسيطاً لا من قبيل العدم والملكة ، فالعمى ليس عدم البصر في مورد من شأنه البصر بل العمى عنوان بسيط منتزع من عدم البصر ، إلّا أنّ الأمر في المقام ليس كذلك ، لعدم كون هذا العنوان أي عنوان العجز مأخوذاً في لسان دليل بل المأخوذ في الأدلّة عنوان عدمي وهو عبارة عن قوله (صلّى الله عليه وآله) « ما ليس عندك » بناءً على أن يكون هو المدرك في المقام ، فالمانع أمر عدمي والاستصحاب الأزلي يقتضي تحقّقه ويحكم بفساد

العقد ، فلا فرق بين المسلكين من حيث نتيجة الأصل العملي على جميع التقادير .

ثمّ إنّ هذا الشرط أي القدرة على التسليم إنّما يعتبر بالنسبة إلى من ينتسب إليه العقد ويصير العقد عقداً له ولا اعتبار لقدرة الأجنبي وعدم قدرته ، كما أنّ نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر موقوف على تحقّق موضوعه خارجاً بأن يكون الغرر فعلياً لا شأنياً .

وأيضاً إنّ قوله (عليه السلام) « لا تبع ما ليس عندك » بناءً على كون المراد منه عدم جواز بيع ما لا سلطنة عليه في تسليمه خطاب لمن يكون مأموراً بالتسليم ، لأنّ اعتبار القدرة من جهة كونها مقدّمة على التسليم والتسلّم ، وأمّا فيما لم يكن البائع مثلاً مأموراً بالتسليم فلا يكون مشمولاً لهذا الخطاب ، فإذن يترتّب عليه صحّة البيع فيما لا يكون المبيع عند مالكه ، بل المال موجود في يد المشتري كما إذا كان المبيع عند المشتري ولكن البائع لم يكن متمكّناً من أخذه منه فله أن يبيعه لنفس المشتري لا لغيره ، فحينئذ لا مانع ولا إشكال في صحّة البيع وإن لم يكن البائع قادراً على التسليم ، لأنّ المفروض حصول المال عند المشتري ، وقد ذكرنا أنّ اعتبار القدرة كانت مقدّمة لذلك ، وليس في المقام غرر أيضاً كما هو واضح .

ويترتّب عليه أيضاً صحّة بيع العبد الذي لا يكون البائع قادراً على تسليمه لمن ينعتق عليه ، لأنّ الغرر مفقود في المقام لعدم احتمال الخطر ، كما أنّ قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » لا يكون شاملاً لهذا المورد ، لأنّ التسليم مع قطع النظر عن الغرر لم يكن لازماً في هذا المورد ولم يكن البائع مأموراً بالتسليم ولا المشتري قابلاً للتسلّم لفرض انعتاق العبد بمجرد تحقّق البيع .

ومن هنا ظهر فساد ما قد يتوهّم من أنّ انعتاق العبد فرع صحّة العقد وصحّته أيضاً منوط بقدرة البائع على التسليم والمفروض انتفاء الثاني فيصير المقدّم مثله .

وجه الفساد : أنّه قد ذكرنا أنّ اشتراط القدرة لا موضوعية لها ، بل هي مقدّمة

للتسليم فيما يكون البائع مأموراً بالتسليم ، والمفروض في المقام أنّه مع قطع النظر عن قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ لم يكن التسليم واجباً على البائع ، لأنّ العبد بمجرّد العقد ينعتق وكان العقد الكذائي مع قطع النظر عن قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » مشمولاً لعمومات صحّة العقود ، كما لا يلزم الغرر هنا لعدم احتمال الخطر بملاحظة حكم الشارع بالانعتاق ، نعم لولا هذا الحكم لكان البيع غررياً إلّا أنّه غرر شأني لا يدور الحكم مداره ، وكيف كان إنّ هذا التوهّم فاسد بالمرّة .

وقد ظهر من مطاوي ما ذكرناه أنّ المعتبر في هذا الشرط إنّما هو مرحلة زمان استحقاق التسليم والتسلّم ، فإذن لو كان العقد من العقود التي لا يعتبر فيه التسليم إلّا بعد مدّة كما إذا اشترط البائع أن يكون تسليم المبيع بعد شهر يصحّ العقد فيما إذا لم يكن البائع قادراً على تسليمه إلّا عند حلول وقت التسليم ، وقد رتّب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على هذا أي على أنّ المناط في اشتراط القدرة على التسليم إنّما هو زمان استحقاق التسليم والتسلّم صحّة بيع الفضولي من الطرفين لأنّه لا يستحقّ التسليم إلّا بعد إجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبل الاجازة ، ثم استشكل في صحّته بناءً على كون الاجازة كاشفة وكان العقد فضولياً من طرف واحد من حيث لزومه على الأصيل ، فيحصل الغرر من جهة أنّه قد انتقل إليه شيء لا يقدر على تحصيله .

ولكنّه لا يخفى ما فيه أصلاً وإشكالاً . أمّا أصلاً فلما ذكرناه من أنّ اعتبار هذا الشرط إنّما هو بالنسبة إلى من يكون العقد عقداً له ومنسوباً إليه ، وغير خفي أنّ العقد ليس عقداً للبائع الفضولي ، وهو خارج عن دائرة هذا الشرط لكونه أجنبياً عن العقد كما هو واضح . وبعبارة واضحة أنّ من له العقد وينتسب إليه العقد قادر

---

(١) المكاسب ٤ : ١٨٨ .

على تسليمه في ظرفه وعند الانتساب ، هو عبارة عن وقت الاجازة ، وأمّا البائع فهو أجنبي عن العقد وعن ساحة هذا الشرط .

وأمّا عدم ورود الإشكال فظاهر ، أمّا عدم لزوم الغرر فمن جهة أنّ العقد إن كان صحيحاً باجازة المالك يصير الثمن ملكاً للمشتري والمفروض قدرة المالك أيضاً على تسليمه حين الاجازة ، وقد ذكرنا أنّ هذا شرط في مرحلة الاستحقاق وليست هذه المرحلة إلّا عند اجازة المالك ، لأنّ وقت الانتساب هو هذا الحين والمالك مأمور بالتسليم من وقت الاجازة لا قبلها كما ذكرنا آنفاً ، وإن لم يجز المالك فماله يبقى في ملكه فأين احتمال الخطر .

وأمّا عدم شمول قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » للمقام فيظهر ممّا ذكرناه مراراً من أنّ هذا خطاب لمن يكون مأموراً بالتسليم ويكون العقد منسوباً إليه وضروري أنّ المالك مأمور بالتسليم بعد الاجازة والعقد منسوب إليه وعقد له بعد الاجازة ، وذكرنا أيضاً أنّ البائع الفضولي أجنبي وخارج عن ساحة هذه الاُمور كما لا يخفى .

وأيضاً يترتّب على ما ذكرنا صحّة بيع الراهن قبل اجازة المرتهن ولا يلزم غرر لأنّه لو أجاز المرتهن تكون العين المرهونة للمشتري وإلّا يبقى ماله في ملكه فلا غرر في بيعه ولا يكون مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » إذا قلنا إنّ المناط في القدرة وعدمها هي القدرة الخارجية ، والمفروض قدرته على التسليم خارجاً غاية الأمر قد منع الشارع عنه قبل إجازة المرتهن لأجل تعلّق حقّه به ، نعم لو قلنا إنّ العجز الشرعي مثل العقلي والمفروض أنّ الراهن في المقام غير قادر على التسليم شرعاً يكون المقام مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » ولكنّه قد ذكرنا آنفاً أنّه نلتزم في هذا المقام بالتخصيص لأجل ما استفدناه من القاعدة الكلّية من الروايات الواردة في عقد العبد من التعليل المذكور فيها من قوله

(عليه السلام) « فإنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجاز جاز »[١].

ثمّ إنّه يقع الكلام في العقود التي يكون القبض من مقوّماتها مثل بيع الصرف والسلم ونفس عقد الرهانة ، وقد وقع الكلام في أنّه لو تعذّر التسليم في هذه العقود يكون العقد باطلاً أو لا ، واختار الشيخ (قدّس سرّه)[٢] عدم اشتراط القدرة على التسليم في هذه الموارد وعدم كون التعذّر مانعاً عن صحّة العقد ، لأنّ تعذّر التسليم مانع عن صحّة العقد الذي يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره ومقوّماته ، بداهة كون التسليم والقبض في هذه الموارد جزء ناقل ، والاعتبار بالقدرة إنّما هو بعد تمامية العقد ، والمفروض أنّ العقد قبل التسليم في هذه الموارد لم يتم ، وليس المقام إلّا مثل موارد عجز الموجب قبل القبول فكما أنّ عجزه قبل القبول لا يمنع عن صحّة العقد إذا كان قادراً بعد القبول ، فالمقام أيضاً كذلك يعني لا يمنع عجز المالك عن التسليم لعدم تمامية العقد قبل التسليم ، والمفروض أنّ المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل وهو في هذه الموارد عبارة عن القبض حاصل في يد المشتري ، فالقبض ليس إلّا مثل الاجازة بناءً على النقل ، وأولى منها بناءً على الكشف لأنّه لا يحتمل أن يكون القبض كاشفاً بل هو ناقل من حينه ، هذا حاصل مرامه (قدّس سرّه) ورفع في الخلد مقامه .

ثمّ أورد عليه الميرزا (قدّس سرّه)[٣] بما حاصله : أنّه فرق بين الاجازة في الفضولي وبين القبض في هذه الأُمور ولا يقاس هذا بذاك ، لأنّ العقد في باب الفضولي لا ارتباط له بالفضولي لكونه أجنبياً عنه ولا اعتبار بقدرته وعدم قدرته

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٤ ح١ ، ٢ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٨ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٣٥٢ ـ ٣٥٣ .

كما أنّه ليس العقد عقداً للمالك لعدم كونه مستنداً إليه قبل الاجازة وإنّما يستند إليه بعد الاجازة ، والعقد إنّما يتمّ ويصير عقداً للمالك بعد الاجازة ، فإذن لا يعتبر قدرة المالك على التسليم إلّا بعد الاجازة والمفروض وجودها ، بخلافه في هذه الأُمور بداهة أنّ القبض في هذه الأُمور وإن كان شرطاً إلّا أنّه ليس جزءاً للسبب الناقل بل هو شرط للملكية ، لأنّ الالزام والالتزام العقدي قد تحقّق بمجرد العقد ولذا اختار المشهور وجوب التقابض ، فعليه يكون العقد فاسداً عند التعذّر وعدم القدرة على التسليم ، هذا ملخّص مرامه (قدّس سرّه) .

وفيه : أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم تمامية العقد إلّا بعد الاجازة في عقد الفضولي وتماميته في المقام قبل القبض وكون القبض شرطاً للملكية ، وإن كان متيناً إلّا أنّ ما ذهب إليه من اعتبار القدرة على التسليم وفساد العقد عند عدم القدرة عليه فاسد ، كما أنّ ما نقله عن المشهور من وجوب التقابض في هذه الأُمور لا أصل له ، وذلك لأنّ الدليل على اعتبار القدرة لو كان نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فهو مفقود في المقام ، لأنّ الأمر دائر بين الصحّة وفساد العقد ، لأنّه لو حصل القبض فقد صحّ العقد وإلّا يقع فاسداً ويبقى مال كلّ مالك في ملكه فأين الغرر ، كما أنّه لو كان قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ لا يتمّ في المقام لما ذكرناه مراراً من أنّ اعتبار القدرة من باب المقدّمة على التسليم فلا تكون معتبرة إلّا إذا كان البائع مأموراً بالتسليم والمفروض عدم كونه كذلك قبل القبض .

وأمّا حكم المشهور بوجوب التقابض فكلام لا أصل له ، بداهة أنّ وجوبه لو كان من باب لزوم دفع الملك إلى صاحبه وعدم جواز التصرف في ملكه فغير صحيح ، لأنّ الملك إنّما يحصل بعد صحّة العقد . وبعبارة واضحة حصول الملك فرع صحّة العقد والمفروض عدم صحّته قبل القبض . وإن كان الدليل عليه قوله تعالى :

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(١) فبديهي أنّ موضوع هذا العموم هو العقد الصحيح الخارجي ولم يتحقّق هذا الموضوع قبل القبض ، مضافاً إلى ما ذكرناه من عدم دلالة هذه الآية الشريفة ومثلها من عمومات أدلّة البيع على الحكم التكليفي بل هي إرشاد إلى لزوم العقد وعدم كونه منفسخاً بفسخ المتبايعين كما حقّقناه في مورده فراجع .

والعجب كلّ العجب من الميرزا (قدّس سرّه) حيث استدلّ على وجوب التقابض بما في قوله (عليه السلام) « فإن نزى حائطاً فانز معه »(٢) الوارد في من تفرّق بدون رضا صاحبه ، بداهة أنّ الإمام (عليه السلام) في مقام بيان أنّه لو تفرّق أحد المتبايعين في بيع الصرف مثلاً يكون العقد باطلاً وأنّ العقد إنّما يصحّ لو لم يتفرّق وهل يتوهّم أن يكون مراده (عليه السلام) أنّه يجب على أحد المتعاملين أن يمشي مع الآخر ، كلّا ثمّ كلّا . وكيف كان إنّ اعتبار القدرة على فرض تسليم كونها معتبرة إنّما هي في الموارد التي تكون القدرة على التسليم من أحكامه لا من مقوّماته ومن شروط الملكية هذا .

وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(٣) أنّه لم يخالف في اعتبار هذا الشرط إلّا الفاضل القطيفي المعاصر للمحقّق الثاني حيث ذهب إلى عدم كون القدرة على التسليم شرطاً في أصل صحّة البيع ، ولا يخفى أنّه قد أجاد القطيفي فيما أفاده من عدم كون القدرة شرطاً في صحّة البيع كما ذكرناه في أوّل البحث ، إلّا أنّه قد أخطأ في خصوص العبد الآبق حيث قال : إنّ قوله أي المحقّق (قدّس سرّه) في النافع « لو باع الآبق منفرداً لم يصحّ » إنّما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه الخ ، بداهة ورود الرواية في

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٦٩ / أبواب الصرف ب ٢ ح ٨ .

(٣) المكاسب ٤ : ١٩٠ .

خصوص العبد الآبق بعدم جواز بيعه منفرداً بل لابدّ في صحّة بيعه من الضميمة وقد ألحقنا غيره به خلافاً للمشهور.

بقي في المقام فروع:

الأوّل: أنّه لا إشكال في صحّة البيع فيما إذا لم يكن البائع قادراً على التسليم ولكنّه كان المشتري قادراً على التسلّم، لعدم الغرر كما هو الظاهر وعدم كونه مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) «لا تبع ما ليس عندك»[1] لما ذكرناه من أنّ اعتبار القدرة على التسليم ليس إلّا من جهة حصول الشيء عند المشتري والمفروض تحقّقه عنده.

الثاني: إذا لم يكن كلّ من البائع والمشتري قادراً على التسلّم والتسليم ولكنّه علما بحصول النتيجة كما إذا باع أحد طيراً وقد طار ولكنّه كان من الطيور التي تعتاد العود، فالظاهر صحّته كما عليه الشيخ وجماعة (قدّس سرّهم) والإشكال بأنّه لا قدرة على التسليم وأنّ عود الطائر غير مؤثّر فيه إذ ليس له عقل باعث في غير محلّه لأنّ المانع عن صحّته إمّا لزوم الغرر المفروض انتفاؤه لأنّ المفروض علمنا بالعود وليس المورد أيضاً مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) «لا تبع ما ليس عندك» لما ذكرناه من عدم الموضوعية للقدرة وإنّما اعتبرناها من باب المقدّمة على التسليم والتسلّم ولأجل حصول الشيء عند المشتري والمفروض أنّه سيحصل كما هو مورد الكلام.

الثالث: إذا لم يكن البائع ولا المشتري قادراً على التسليم والتسلّم مدّة لا يتسامح فيها عرفاً كسنة أو شهر أو شهرين ففي هذا المقام تكون المدّة تارة مضبوطة وأُخرى غير مقدّرة بقدر بل كانت مجهولة، ففي الصورة الأُولى يكون المشتري تارة

---

(١) تقدّم مصدره في الصفحة ٣٣٣.

عالماً بذلك وأُخرى يكون جاهلاً به ، وقد حكم الشيخ (قدّس سرّه)[١] بصحّة العقد في صورة العلم بلا خيار وفي صورة الجهل مع الخيار لأجل فوات منفعة الملك عليه مدّة .

ولا يخفى أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من صحّة العقد بلا خيار في صورة العلم متين لكون المقام بمنزلة اشتراط التأخير في التسليم ، يعني مرجع هذه الصورة إلى تلك الصورة أي صورة اشتراط تأخير التسليم ، إلّا أنّ ما ذكره في صورة جهل المشتري بالحال من صحّة البيع مع الخيار لا وجه له ، بل البيع باطل لكونه غررياً ، بداهة أنّ الغرر ليس إلّا عبارة عن احتمال الخطر وهو موجود ، وأيضاً يكون هذا المورد مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ بداهة أنّ البائع ليس له سلطنة حين العقد عليه كما هو واضح ، وأمّا فيما إذا لم تكن المدّة مضبوطة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها فالظاهر بطلانه ، لوجود الغرر وصدق قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » كما هو غير خفي . ومثل ذلك في عدم جواز البيع الدار التي تكون مسلوبة المنفعة مدّة لا يعلم أمدها .

ثمّ إنّ المعتبر في القدرة هي القدرة المعلومة للمتبايعين لا القدرة الواقعية فقط وقال الشيخ (قدّس سرّه) أنّه لو باع ما يعتقد التمكّن منه فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجدّدها بعد ذلك صحّ ، ولو لم تتجدّد بطل ، ولا يخفى أنّه لم نفهم ما يريده الشيخ (قدّس سرّه) وذلك لأنّ الصور في هذا المقام أربعة :

الصورة الأُولى : ما إذا كان البائع في الواقع قادراً على التسليم وكان المتبايعان أيضاً عالمين بذلك ، ففي هذه الصورة لا إشكال في صحّته ولا خلاف .

الصورة الثانية : ما إذا لم يكن البائع قادراً على التسليم وكان المتبايعان

---

(١) المكاسب ٤ : ١٩٢ .

أيضاً عالمين بذلك ، فحينئذ أيضاً لا إشكال ولا خلاف في بطلانه سواء قلنا إنّ الدليل على اعتبار القدرة نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر أو قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » كما لا يخفى .

الصورة الثالثة : ما إذا كان البائع في الواقع قادراً ولكن المتبايعين لم يكونا عالمين بذلك ، فحينئذ إن قلنا بأنّ الدليل على اعتبار القدرة قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ فلا مانع من القول بصحّة البيع لكون البائع قادراً ومسلّطاً عليه في الواقع وإن لم يكن عالماً بذلك ، وإن قلنا إنّ الدليل عليه نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فالحقّ بطلان العقد لوجود احتمال الخطر الذي هو عبارة عن الغرر وبديهي أنّ وجود القدرة في الواقع مع عدم علمهما به لا يكون موجباً لرفع احتمال الخطر الذي هو حالة نفسانية كما لا يخفى .

الصورة الرابعة : ما إذا لم يكن المبيع في الواقع مقدور التسليم ولكن كان المتبايعان معتقدين أنّه مقدور ، فحينئذ إن قلنا بأنّ الدليل على اعتبار ذلك هو قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » فلابدّ من الحكم ببطلان العقد لعدم كون البائع مسلّطاً عليه وقادراً على تسليمه واقعاً فيكون مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » حال البيع ، وبديهي أنّ تجدّد القدرة بعد ذلك لا يخرج البيع عمّا وقع عليه من كونه من بيع ما ليس عندك ، فما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من التفصيل بين تجدّد القدرة بعد البيع وعدمه لا وجه له .

وأمّا إذا قلنا بكون الدليل عليه نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فالحقّ صحّة البيع إن قلنا إنّ قوام الغرر بالجهل . وبعبارة أُخرى أن يكون احتمال الخطر له موضوعية في ذلك لعدم صدق الغرر حينئذ لأنّ المفروض اعتقاد المتبايعين بالقدرة ، وأمّا إذا قلنا إنّه لا موضوعية للجهل واحتمال الخطر بل هو طريق محض إلى الهلاك الواقعي كما ذكرناه قبلاً فيما إذا علما بعدم القدرة ، فالظاهر بطلان البيع لأنّ

المفروض عدم قدرة البائع على التسليم كما لا يخفى ، هذا كلّه فيما إذا كان البيع من المالك .

وأمّا إذا كان من الغير كما إذا كان البائع وكيلاً عن المالك فحينئذ يكون الغير تارة وكيلاً في إجراء الصيغة فقط بأن يكون بمنزلة الآلة وأُخرى يكون وكيلاً مفوّضاً ، فإن كان بالوجه الأوّل فالمناط في القدرة وعدمها هو الموكّل لعدم كون قدرة الوكيل دخيلاً في صحّة المعاملة وعدمها ، بداهة أنّ المفروض أنّه أجنبي عنه .

وأمّا إذا كان بالوجه الثاني بأن يكون وكيلاً مفوّضاً ، فحينئذ إن كان الوكيل قادراً على التسليم يكفي في صحّة العقد سواء كان الموكّل أيضاً قادراً أو لم يكن قادراً ، وسواء كان المشتري عالماً بعدم قدرة الموكّل أو جاهلاً بداهة انتفاء الغرر لأنّ المفروض قدرة الوكيل على التسليم وعدم كونه مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ ، لأنّ المفروض كون المال تحت يده من حيث إنّه وكيل مفوّض وأمّا إذا لم يكن الوكيل قادراً عليه ولكنّه كان الموكّل قادراً على التسليم فلابدّ في صحّة العقد علم المشتري بقدرة المالك حتّى يرتفع احتمال الخطر وإلّا يكون العقد باطلاً لأجل كونه غررياً .

وبعبارة واضحة : أنّه يعتبر علم المشتري بقدرة المالك في صورة عدم قدرة الوكيل المفوّض ولا يعتبر علمه بقدرة المالك عند قدرة الوكيل المفوّض على التسليم . وربما يقال في صورة عدم قدرة الوكيل إنّه يعتبر في صحّة البيع في هذه الصورة مضافاً إلى علم المشتري بقدرة المالك أن يكون المالك راضياً برجوع المشتري عليه وكذا المشترى راضياً برجوعه عليه ، وعلى هذا بنى فساد العقد الفضولي لعدم كون الفضولي قادراً على التسليم قبل الاجازة ، وقدرة المالك إنّما يؤثّر لو بني العقد عليها وكان المالك راضياً به حال العقد والمفروض عدم رضاه حال العقد .

ثمّ أورد على نفسه بأنّه لا يقال بأنّا نفرض الكلام فيما إذا حصل للفضولي اطمئنان ووثوق بإرضاء المالك ويطمئن أنّ المالك لا يخرج عن رأيه وكلامه ، فعليه يكون الفضولي حال العقد قادراً على التسليم ، ثمّ أجاب عنه بوجهين : أحدهما : أنّ هذا الفرض خارج عن بيع الفضولي لمصاحبة الإذن للبيع وكونه مقارناً معه فيخرج عن الفضولية . وثانيهما : أنّ المدّعى أعمّ من هذه الصورة ، بداهة أنّ القائلين بصحّة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض ، هذا ملخّص كلامه .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ ما ذكره من المبنى وما فرّع عليه من بطلان الفضولي والاعتراض الذي ذكره بعده ثمّ أجاب عنه كلّها محلّ نظر وتأمّل .

أقول : أمّا عدم صحّة أصل المبنى فبداهة أنّه لم يعتبر في صحّة العقد إلّا القدرة على التسليم والتسلّم وأمّا رضا المشتري بالرجوع على المالك عند عدم قدرة الوكيل وكذا رضا المالك برجوع المشتري عليه فلا دليل عليه ، بل ليس للمشتري إلّا التسلّم من أي شخص كان ، ويكون نظره إلى مرحلة مبادلة ماله بمال آخر وتسلّم المبيع والمفروض تحقّقه ، وأمّا اعتبار رضاه بأن يكون التسليم من نفس المالك فهو كما ترى ، وأمّا اعتبار رضا المالك فهو موجود بعين الوكالة بداهة أنّ يد الوكيل يده وبيعه بيعه ، وعلى أي حال يكون المال مطلوباً من الموكّل ومحسوباً منه فرضاه موجود بمحض الوكالة . وأمّا عدم صحّة تفريع بطلان الفضولي عليه على فرض تسليم المبنى فمن جهة ما ذكرناه مراراً أنّ المعتبر في باب الفضولي إنّما هو قدرة المالكين عند تمامية العقد وانتساب العقد إليهما والمفروض أنّ العقد يكون منسوباً إلى المالك عند إجازته ، والمفروض قدرته على التسليم أيضاً في مرحلة الاجازة

(١) المكاسب ٤ : ١٩٤ .

والعقد الكذائي إنّما يكون مشمولاً لعموم أدلّة الوفاء بالعقد من حين الاجازة ، وأمّا الفضولي فهو أجنبي بالمرّة عن العقد كما لا يخفى ، وهذا بخلاف المقام بداهة أنّ العقد من زمان وقوعه وحدوثه ومن الأول مشمول لأدلّة وجوب الوفاء بالعقد فكيف يقاس المقام بباب الفضولي .

وأمّا عدم صحّة الاعتراض على نفسه ، فلأنّ قدرة الفضولي على التسليم غير مؤثّرة لكونه أجنبياً كما عرفت ، وأمّا عدم صحّة جوابه الأول عن الاعتراض فلوجهين : أحدهما أنّه قد ذكرنا مراراً أنّ مقارنة العقد بالرضا لا يكون موجباً لخروج البيع عن الفضولية ما لم يكن في المقام إذن سابق أو إجازة مقارنة مع العقد . وثانيهما : أنّه على فرض تسليم ذلك أيضاً فالمقام ليس من هذا القبيل لأنّ المفروض أنّ الفضولي يطمئن بارضائه فيما بعد لا حين العقد ، وليس رضا المالك مقارناً مع العقد بل هو متأخّر عنه .

ولا يخفى أنّه لو سلّمنا جميع ما ذكره هذا القائل فلابدّ من تسليم ما ذكره أخيراً بقوله إنّ القائلين بصحّة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض ، ولم يظهر لنا وجه التأمّل في هذا لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ومن المحتمل أن يكون مراده (قدّس سرّه) من قوله : وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي إلى آخر كلامه رفع في الجنّة مقامه التأمّل والمناقشة في المجموع من حيث المجموع لا كلّ واحد واحد بالخصوص حتّى الجواب الأخير أيضاً فافهم وتأمّل جيّداً .

الكلام في بيع العبد الآبق

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ المشهور بين علمائنا عدم جواز بيع

---

(١) المكاسب ٤ : ١٩٥ .

الآبق إلّا مع الضميمة ، وقد علّل ذلك في الرواية[1] بأنّ الضميمة تقع في مقابل ما نقده في صورة عدم رجوع الآبق ، وعلّل عدم جواز بيع الآبق بأنّه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ، ومع احتماله بيع غرر منفي إجماعاً نصّاً وفتوى ، ثمّ بعد ذلك تعرّض (قدّس سرّه) لجعل الآبق ثمناً إلى آخر ما أفاده في المقام ، وتوضيح ما ذكره (قدّس سرّه) في هذه المسألة يظهر في ضمن مسائل .

الأولى : أنّه صرّح في ضمن كلماته في المقام بأنّ المنفي في حديث الغرر هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع ، وعليه فلا يفيد اشتراط الخيار في مثل بيع الآبق أو اشتراط ضمان البائع إلى أيّام معيّنة ، لأنّ بيع الآبق محكوم بالغرر عرفاً ، وتمكّن المشتري من فسخ العقد بالخيار أو باشتراط الضمان حكم شرعي ثبت عليه ولا اعتبار به في الحكم بالبطلان بالحديث ، هذا .

ولا يخفى أنّ نهيه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر من قبيل القضايا الحقيقية وإنّما يتوجّه مع تحقّق موضوعه وهو الغرر ، وتطبيق الغرر على مصاديقه أمر غير راجع إلى العرف ، لأنّه إنّما يتّبع نظره في خصوص مفاهيم الألفاظ دون باب التطبيقات ، لأنّها ثابتة على واقعها وتحقّق مواردها ومصاديقها ، ومن المعلوم أنّ المشتري إذا اشترط الخيار على البائع أو اشترط ضمانه عليه إن لم يوجد إلى عشرة أيّام مثلاً لما توجّه عليه غرر أبداً ، لأنّ المفروض أنّه على خيار وله أن يفسخ المعاملة إذا كانت ضررية عليه فلا يشمله نهيه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر لأنّه أمر خارج عن موضوعه ، ولا يفرق في ذلك بين أن يصدق عليه الغرر عرفاً أو لا يطلق عليه ذلك لعدم الاعتبار بنظره في التطبيقات ، وعليه فلا مانع من صحّة البيع

(١) تقدّمت في الصفحة ٣٢٩ .

عند اشتراط الخيار أو الضمان كما حكي ذلك عن الاسكافي[١] فتكون المنافع الفائتة في المدّة المشترط ضمانه بعدها نظير بيع الشيء مسلوب المنفعة في المدّة المشروطة وهو لا يضرّ بالبيع .

الثانية : لا يخفى أنّ الوجه في الحكم بعدم جواز بيع الآبق ليس هو الغرر لعدم الغرر مع تمكّن المشتري من عتقه والانتفاع به بذاك ، ولا يلزم في صحّة البيع أن يكون المشتري قادراً على الانتفاع بالمبيع بجميع منافعه ، وذلك نظير بيع العبد المريض فإنّه يتمكّن من عتقه ولذا صحّ بيعه وإن كان لا يعلم أنّه يبرأ من مرضه حتّى ينتفع بجميع منافعه أو يموت ، كما لا يعلم في المقام أنّه يرجع إليه حتّى ينتفع به بسائر منافعه أو لا يرجع إليه ، وكيف كان فلا يحكم بالبطلان في المقام مستنداً إلى الغرر وإنّما الوجه في الحكم بعدم الجواز هو النصّ الوارد في عدم جواز بيع الآبق كما في رواية رفاعة النخّاس قال « قلت لأبي الحسن (عليه السلام) أيصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقة ـ إلى أن قال (عليه السلام) ـ لا يصلح شراؤها إلّا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم : أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذلك جائز »[٢].

وفي موثّقة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن أهله ؟ قال (عليه السلام) لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً فيقول أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا درهماً فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه »[٣].

---

(١) حكاه عنه في المختلف ٥ : ٢٤٠ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١١ ح١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١١ ح٢ ولكن فيه « فيما اشترى منه » .

وبذلك يرتفع التنافي المتراءى في كلمات الشهيد في اللمعة[(١)] والعلّامة في التذكرة[(٢)] وذلك لأنّ الشهيد بعد ما جزم بعدم جواز جعل الآبق مثمناً تردّد في جواز جعله ثمناً ، قرّب الجواز أخيراً وحكم أيضاً بجواز بيع الضالّ أو المجحود مع أنّهما مشتركان مع الأول أي العبد الآبق في عدم القدرة على التسليم واستلزامه الغرر ، ولكنّك عرفت أنّ الوجه في الحكم بعدم الجواز في بيع الآبق إنّما هو النصّ وليس مستنداً إلى الغرر لعدم الغرر في بيع الآبق ، وبما أنّه ورد في خصوص بيع الآبق فلذا لا يتعدّى عنه إلى صورة جعله ثمناً أو إلى بيع الضالّ والمجحود ، وحكم بصحّتهما لانتفاء الغرر لتمكّنه من الانتفاع بهما بالعتق .

وأمّا العلّامة فقد ادّعى أوّلاً الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ، ثمّ ذكر في مسألة بيع الآبق أنّ المشهور عدم الجواز ولم يدّع الإجماع فيها على البطلان ، ثمّ ذكر الضالّ ولم يحتمل فيه إلّا جواز البيع ، فلا يرد عليه أنّ المسائل كلّها مشتركة في الحكم بالبطلان للغرر ولابدّ من دعوى الإجماع على عدم جوازها ، ولماذا فرّق بينها وادّعى الإجماع على البطلان في بعضها والشهرة عليه في بعضها الآخر واختار أو احتمل الجواز في ثالثها ، والوجه في عدم ورود ذلك عليه أنّ الوجه في الحكم بعدم الجواز في مسألة بيع الآبق هو النصّ دون الغرر فلا يشملها الإجماع القائم على بطلان بيع الغرر ، ولا مانع من دعوى الشهرة فيها لتغايرها عمّا انعقد عليه الإجماع ، كما لا مانع من احتمال الجواز في الضالّ لأنّه

---

(١) [لا يخفى أنّ الشهيد في اللمعة الدمشقية قرّب المنع من جعل العبد الآبق ثمناً ، اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٥١] .

(٢) التذكرة ١٠ : ٤٨ ـ ٤٩ .

غير غرري والنصّ مختصّ بالآبق .

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرناه في المقام أنّ بيع الضالّ والمغصوب لا يقاس بالآبق ، لأنّ النصّ مختصّ به ولا يمكن التعدّي منه إلى الضالّ ، ولذا تردّد الشهيد في اللمعة(١) في جعل الآبق ثمناً ، لأنّ النهي إنّما اختصّ ببيعه وجعله مثمناً ولا يشمل ما إذا جعله ثمناً فكيف ببيع الضالّ والمغصوب . وبالجملة أنّ بيعهما ممّا لا يشمله النصّ ، وإن أمكن التعدّي منه إلى صورة جعله ثمناً لإمكان استفادة المنع عن مطلق المبادلة الواقعة عليه ولو بجعله ثمناً أو مورداً للاجارة ونحوه ، إلّا أنّه لا يمكن التعدّي منه إلى بيع الضالّ والمغصوب بوجه ، ومن الواضح أنّ بيعهما ليس غررياً لإمكان الانتفاع بعتقهما فلا محالة يقع بيعهما صحيحاً .

الثالثة : هل يلحق بالبيع الصلح على ما يتعذّر تسليمه فيعتبر فيه القدرة على التسليم أو أنّه لا يلحق بالبيع أو فيه تفصيل ؟ وجوه وأقوال ، بعد التسالم على أنّ سائر المعاملات كالاجارة والمزارعة والمساقاة بل الوكالة التي هي من غير المعاوضات كالبيع في الاشتراط بالقدرة على التسليم .

فربما يقال بأنّ الصلح كالبيع في الحكم بالاشتراط لأنّ الدائر على الألسنة هو نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع ، بل قد أرسل في كلماتهم عن النبي (صلّى الله عليه وآله) والمرسل هو العلّامة(٢) ظاهراً أنّه (صلّى الله عليه وآله) نهى عن الغرر ولم يقيّده بالبيع فيشمل الصلح أيضاً لا محالة .

واُخرى يقال بأنّ النهي يختصّ بالمبادلة الواقعة على المالين ولا يشمل الصلح الذي هو أمر آخر وراء المبادلة بين المالين .

---

(١) اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٥١ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٥١ .

وثالثة يفصّل بين الصلح المبني على المغالبة والتدقيق نظير صلح الدلالين الذي هو في الحقيقة بيع وقد أبرز بلفظ الصلح للتخلّص عن بعض الإشكالات ولكن الغرض هو بيع هذا بذاك وغرض كلّ من المتصالحين هو الغلبة على الآخر فحكم بالحاقه بالبيع ، وبين الصلح المحاباتي المبني على السماح والمسامحة لا على المغالبة كالمصالحة بين المالين من دون نظر إلى أنّ كلاً منهما يسوى كذا مقدار فحكم بعدم إلحاقه بالبيع .

والتحقيق أن يقال : إنّ إلحاق الصلح بالبيع أو عدمه متوقّف على ملاحظة مدرك ذلك الاشتراط في البيع ، فإن كان المدرك للاشتراط في البيع هو الإجماع المنعقد على اشتراط البيع بالقدرة على التسليم فلا محالة نحكم بعدم الإلحاق لأنّ الإجماع دليل لبّي فيكتفى فيه بالمقدار المتيقّن ، والقدر المتيقّن منه هو البيع فلا يشمل الصلح حينئذ .

وإن كان مدركه في البيع هو الحديث أعني نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فلا مانع من الحكم بالإلحاق ، وذلك لأنّ هذا النهي حينئذ نظير نهيه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الملامسة أو الحصاة وغيرهما ممّا أُريد منه البيع بالمعنى الأعمّ ويستفيد منه العرف أنّ المعاملة الغررية باطلة لأجل غررها من دون خصوصية للمعاملة ويتعدّون منه إلى جميع الموارد الغررية ، وهذا نظير ما إذا وهب أحد ماله لزيد واشترط عليه أن لا يبيعه فإنّ العرف يستفيد منه عدم جواز نقله إلى الغير من دون خصوصية للبيع بوجه ، وعليه فلا مانع من شمول الحديث للصلح .

إلّا أنّ الصلح المبني على السماح والمسامحة لا يأتي فيه الغرر أصلاً فهو خارج عن الحديث موضوعاً ، وذلك لأنّ الغرض المعاملي يعني ما ينشأه المتصالحان إنّما هو التسالم من دون نظر ولا غرض في أنّ هذا يسوى بكذا وكذا ، فهو ليس أمراً خطرياً بل هو بنفسه صالح الآخر لينتقل هذا المال إليه ، وعليه فلا مانع من التفصيل بين

الصلح المسامحي والصلح المبني على الدقّة ، هذا كلّه فيما إذا استندنا في إثبات شرطية ذلك إلى الإجماع أو الحديث .

وأمّا إذا استشكلنا في كلّ واحد من الإجماع والحديث وقلنا إنّ الإجماع الموجب للقطع برأي الإمام غير ثابت لأنّ دون تحصيله خرط القتاد ، وأنّ الحديث غير تامّ من جهة السند ، كما أنّ قوله (عليه السلام) « لا تبع ما ليس عندك » غير تامّ من جهة الدلالة فيبقى الاشتراط في نفس البيع خالياً عن الدليل فضلاً عن الحاق الصلح به ، وبما أنّه لا دليل عليه غير الأمرين المتقدّمين فلابدّ من ملاحظة الأدلّة الواردة في خصوص بيع العبد الآبق حتّى نرى أنّها بحيث يمكن استفادة هذا الشرط منها لمطلق البيع أو لا .

فنقول : إنّه ورد في بيع الآبق روايتان إحداهما رواية رفاعة وثانيتهما موثّقة سماعة وقد نقلناهما آنفاً ، وهما تدلّان على عدم جواز بيع الآبق إلّا في صورة الضميمة ، ويستفاد منهما أنّ التملّك في البيع بمجرّده لا يكفي في صحّته ، بل لابدّ في البيع من أن يصل إلى المشتري شيء يقابل ما بذله من الثمن ، فالعبد الآبق وإن أمكن الانتفاع منه بعتقه إلّا أنّه (عليه السلام) مع ذلك لم يكتف به بل اشترط في صحّة بيعه ضمّ شيء إليه ، وهذا من دون اختصاص ببيع الآبق بل لابدّ في جميع البيوع من أن يكون فيها شيء يعود إلى المشتري ، فإذا لم يجز بيع العبد من دون ضميمة مع إمكان الانتفاع منه بعتقه فلا يجوز بيع غيره ممّا لا يمكن الانتفاع منه بوجه بطريق الأولوية وهذا كما في بيع الفرس الشارد حيث إنّه غير قابل للانتفاع بوجه ، فمن هاتين الروايتين نستفيد اشتراط القدرة على التسليم وكون المبيع بحيث يعود إلى المشتري لا محالة في جميع البيوع بل مطلق المعاوضات من دون خصوصية لبيع الآبق .

ثمّ إنّ المذكور في ذيل موثّقة سماعة قوله (عليه السلام) : « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه » وهو بمنزلة التعليل للحكم بالجواز ، ولازم ذلك

التعدّي من بيع الآبق مع الضميمة إلى بيع مثل الفرس الشارد مع الضميمة ، إلّا أنّ المشهور لم يلتزموا بذلك وذهبوا إلى بطلانه ، هذا تمام الكلام في إلحاق الصلح بالبيع .

الكلام في شرائط الضميمة

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ ظاهر السؤال في صحيحة رفاعة والجواب في موثّقة سماعة هو الاختصاص بصورة رجاء الوجدان ، وذلك لأنّ السائل في الصحيحة سأله (عليه السلام) عن شراء الجارية الآبقة وإعطاء الثمن إلى قومها وطلب الجارية بنفسه ، كما أنّ الإمام (عليه السلام) في الرواية الثانية أجاب الراوي بأنّ بيع الآبق وشراءه لا يصلح بمجرده إلّا أن يشتري معه شيئاً بحيث إذا لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه ، ومن المعلوم أنّ فرض السؤال في الصحيحة أعني قوله « وأطلبها » ، وظاهر الجواب في الرواية الثانية بقوله (عليه السلام) « إذا لم يقدر » يختصّان بصورة رجاء الوجدان وإلّا فمع القطع بعدم الوجدان لا معنى لقول السائل وأطلبها لأنّه مع القطع بالعدم لغو ، كما لا مجال لقول الإمام (عليه السلام) « إن لم يقدر على العبد حينئذ » إذ المفروض أنّه يقطع بعدم القدرة عليه وبأنّه لا يجده يقيناً ، فهذان التعبيران يختصّان بصورة رجاء الوجدان . ثمّ بعد ذلك علّله (قدّس سرّه) بأنّ المعاملة في صورة اليأس والقطع بعدم الوجدان سفهيّة كما أنّها أكل للمال بالباطل وهما باطلان ، وفي بعض النسخ أنّها غررية فلا يمكن أن يكون جزءاً من المبيع ، نعم لا مانع من أن يكون شرطاً في البيع كما إذا اشترى الضميمة باستقلالها واشترط على البائع تملّكه للآبق بنحو شرط النتيجة ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٢ .

وللمسألة صور ثلاث : **الأُولى** صورة رجاء الوجدان عادة ، وهذه هي المقدار المتيقّن من الروايتين ولا إشكال في صحّة المعاملة حينئذ .

الثانية : صورة عدم الوجدان عادة مع احتماله أي احتمال وجدانه عقلاً ولو احتمالاً ضعيفاً ، وهذه هي التي ادّعى شيخنا الأنصاري انصراف الروايتين عنها ولكن الأمر ليس كذلك لأنّها توافق التعبير بـ « أطلبها » كما توافق قوله (عليه السلام) « إن لم يقدر عليه » وذلك لأنّه يطلبه للاحتمال الوجداني بالوصول إليه ، إذ المفروض أنّ الوصول إليه ممكن عقلاً ، ويصدق عليه قوله « إن لم يقدر عليه » لأنّه ليس بمقطوع الزوال .

الصورة الثالثة : صورة القطع بعدم الوجدان ، وهذه الصورة وإن كانت خارجة عن الروايتين لعدم صحّة إطلاق « أطلبها » أو « إن لم يقدر عليه » مع القطع لعدم القدرة ، إلّا أنّ ذلك لا يضرّ بصحّة المعاملة ، وذلك لأنّ الإمام (عليه السلام) إنّما كان في الروايتين بصدد بيان أنّ ضمّ الضميمة شرط في صحّة المعاملة وأنّه على تقدير عدم الوصول إليه يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه ، وأمّا أنّ العبد مورد للظنّ بالوجدان أو القطع بعدمه فليس محطّاً لنظره .

وأمّا ما أورده عليه بأنّه معاملة سفهية ، ففيه ما أشرنا إليه في أوائل كتاب البيع بأنّ المعاملة السفهية لا دليل على بطلانها ، بل مقتضى العمومات صحّتها وإنّما الباطل معاملة السفيه لا المعاملة السفهية ، هذا مضافاً إلى أنّ المعاملة عقلائية فيما إذا اشترى الآبق بقيمة نازلة مع أنّه كان يسوى بألف دينار فإنّ ذلك مطمع للعقلاء والمعاملة عقلائية .

وأمّا قوله إنّها أكل للمال بالباطل ، فهو أيضاً مندفع بما ذكرناه هناك من أنّ المراد بالآية حرمة أكل المال بالأسباب الباطلة كالقمار والنهب في مقابل التجارة عن تراض ، وهذا غير صادق في المقام إذ المفروض أنّه معاملة وتجارة عن تراض .

وأمّا إيراد أنّها غررية ففيه أنّا لو أغمضنا النظر عن شمول الروايتين لصورة القطع بعدم الوجدان وقلنا إنّها غررية فهذا لا يفرق فيه بين أن يكون الأمر الغرري جزءاً للمبيع أو شرطاً له ، فلماذا أجازها فيما إذا كان شرطاً للبيع مع أنّه صرّح في البحث عن أنّ الشرط الفاسد مفسد بأنّ الشرط الغرري موجب لبطلان المشروط .

فالصحيح أنّ المعاملة في جميع هذه الصور صحيحة ، والروايتان شاملتان لها بأجمعها ، ومعه لا يبقى لدعوى الغرر وجه .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري(١) ذكر للضميمة شرطين : أحدهما أن تكون ممّا يجوز بيعه ، فما لا يصحّ بيعه شرعاً كالخمر والخنزير أو عند العقلاء كبيع الخنفساء لعدم ماليته لدى العرف فلا يصحّ جعله ضميمة للآبق بوجه . وثانيهما : أن يكون بيعها منفردة صحيحاً ، فلا يصحّ ضمّ الآبق الآخر في بيع العبد الآبق لعدم صحّة بيعه في حال الانفراد ، هذا .

أمّا الشرط الأول فاستفادته من الرواية ظاهرة حيث ذكر (عليه السلام) « إلّا أنّ يشتري معه شيئاً » إلى آخره ، فما لا يجوز بيعه لا يمكن شراؤه معه .

وأمّا الشرط الثاني فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ ذلك لا يظهر من الرواية ، وإليه مال شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) إلّا أنّه ذكر أنّ المناسبة بين الحكم والموضوع تقضي أن تكون الضميمة قابلة للبيع بمجردها ، ووافق شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في عدم استظهاره من الرواية .

ولكنّا لا ندري أنّهما إلى أي شيء ينظران في الرواية مع أنّها بأعلى صوتها تنادي باشتراط ذلك في الضميمة ، وذلك لقوله (عليه السلام) « فإن لم يقدر عليه كان

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٥٨ ـ ٣٥٩ .

الذي بذله (نقده) فيما اشترى معه » فإذا فرضنا أنّ الضميمة لا تقابل بالمال بمجردها فكيف يقع ما نقده في مقابلها على تقدير عدم القدرة على العبد فلا يكفي فيه ضمّ الآبق الآخر إليه ، ولا ضمّ الطائر الذي يطير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه ولعلّ ذلك ظاهر .

ثمّ إنّ المنفعة هل تكفي ضميمتها في صحّة بيع الآبق أو لابدّ فيها أن تكون من الأعيان الخارجية ؟ إن استفدنا من الرواية أنّ غرض الشارع عدم ذهاب مال المشتري بلا عوض وأن يكون هناك ما يقابل ثمنه على تقدير عدم القدرة على العبد فلا مانع من أن تكون الضميمة منفعة الدار إلى مدّة معيّنة مثلاً ، لأنّها ممّا يقابل بالمال ولا يذهب ماله هدراً على تقدير عدم القدرة على العبد .

وأمّا إذا قصرنا النظر على الرواية وتعبّدنا بظاهرها فلا يمكن جعل المنفعة ضميمة ، لأنّ الرواية دلّت على اشتراء شيء آخر معه فلابدّ أن يكون ذلك الشيء ممّا يصحّ شراؤه وبيعه والمنفعة لا تباع ولا تشترى ، إذ البيع إنّما هو لنقل الأعيان دون المنافع والمتكفّل لنقلها أي المنافع هو الاجارة .

فالمتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ الضميمة يعتبر أن تكون قابلة للبيع بمجردها وفي حدّ نفسها كما يعتبر أن يكون بيعها جائزاً عند الشرع والعقلاء .

ثمّ إنّ الرواية هل تدلّ على أنّ البيع يقع على الضميمة من الابتداء وعلى العبد معلّقاً على القدرة عليه ، فإذا قدر عليه فينعقد البيع على المجموع من العبد والضميمة وأمّا قبل القدرة عليه فلا بيع على المجموع ، ولازم ذلك عدم دخول العبد في ملك المشتري قبل حصول القدرة عليه فإذا أتلفه أحد حينئذ كان التلف في ملك البائع دون المشتري ، وهذا بعيد من ظاهر الرواية جدّاً وإن نسبه شيخنا الأنصاري[١] إلى

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٤ .

ظاهر كاشف الرموز حيث ذكر أنّ العبد ما دام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة (ولكن في كلامه قرائن تدلّ على عدم إرادة ذلك) أو أنّ البيع يقع على المجموع من الابتداء غاية الأمر أنّ الإمام (عليه السلام) أرشد المشتري إلى حكمة اعتبار الضميمة في بيع الآبق وأنّه إذا لم يقدر عليه فيقع المال في مقابل الضميمة ، لا أنّ بيع الآبق معلّق على قدرته منه ، فهذا بيان لتلك الحكمة ولم يؤت به في الرواية لتعليق البيع عليه بل البيع يقع على مجموعهما من الابتداء كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) « إلّا أن يشتري معه شيئاً » فيكون العبد ملكاً للمشتري من أوّل الأمر ، وهذا الاحتمال هو الصحيح دون الأوّل نعم الرواية تدلّ على عدم جواز مراجعة المشتري إلى المالك فيما يقابل العبد من الثمن فيما إذا تلف وتعذّر الوصول إليه ، وإن اقتضت القاعدة رجوعه إليه لأنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه والتعذّر كالتلف وهو لم يقبضه بعد ، فتكون هذه الرواية مخصّصة لعموم كلّ مبيع تلف قبل قبضه ، وذلك لأنّ المشتري بنفسه أقدم على شراء ذلك والبائع قد أبرأ ذمّته من ضمانه لو لم يقدر عليه والشارع أمضى ذلك بهذه الرواية ، هذا كلّه فيما إذا كان التلف بعد عدم القدرة عليه وكان التلف مستنداً إليه أي إلى عدم القدرة عليه .

وأمّا إذا تلف قبل حصول اليأس منه فهل للمشتري أن يرجع إلى المالك لأنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، أو أنّ هذه الصورة كسابقتها في عدم جواز الرجوع إلى المالك ؟

ذكر شيخنا الأنصاري[1] هذين الاحتمالين في المقام ولم يرجّح شيئاً منهما والظاهر عدم رجوعه إلى المالك في هذه الصورة أيضاً ، لإطلاق قوله « فإذا لم يقدر عليه كان الذي نقده فيما اشترى معه » ولم يقيّد ذلك بما إذا كان عدم القدرة واليأس

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٤ .

مستنداً إلى شيء آخر غير التلف ، هذا فيما إذا تلف العبد .

وأمّا إذا تلفت الضميمة قبل قبضها ، فإن كان تلفها بعد القدرة على العبد بوجدانه أو بعتقه الذي هو في حكم الوجدان أو بإرسال طعام مهلك إليه وإتلافه به لأنّه كالعتق والوجدان ، فيتقسّط الثمن بالاضافة إلى الضميمة ويأخذ المشتري ما قابلها فقط ، لبطلان البيع بالنسبة إليها دون الآبق لوصوله على الفرض ، وتلف المبيع قبل قبضه إنّما يوجب بطلان البيع من حين التلف ولا يكشف عن بطلانه من الابتداء حتّى يقال إنّ البيع من الابتداء باطل في المقام ليبطل بذلك بيع الآبق أيضاً .

وإن كان تلفها قبل القدرة على العبد الآبق فهل يوجب انفساخ البيع في الضميمة لقاعدة كلّ مبيع الخ بطلانه بالاضافة إلى الآبق أيضاً من جهة أنّ المصحّح للبيع في الآبق هو الضميمة حدوثاً فإذا انفسخ البيع فيها فلا محالة يبطل في الآبق أيضاً لأنّها ممّا تعتبر في صحّة بيع الآبق حدوثاً كذلك تعتبر في صحّته بقاءً ، أو أنّ انفساخ البيع في الضميمة لا يوجب بطلانه في الآبق لأنّها إنّما تعتبر فيه حدوثاً وقاعدة كلّ مبيع تلف قبل قبضه إنّما تقتضي بطلان البيع في الضميمة من حين تلفها لا أنّه يكشف عن بطلان بيعها من الابتداء حتّى يتوهّم بطلان البيع في الآبق لعدم انضمام الضميمة إليه ؟

فيه وجهان ذكرهما شيخنا الأنصاري ثمّ رجّح الوجه الأوّل منهما وذهب إلى أنّ انفساخ البيع في الضميمة يوجب بطلان البيع في الآبق ، ولعلّ هذا هو الأرجح وذلك لقوله (عليه السلام) « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده بازاء ما اشترى معه » فإنّه يقتضي أن يكون في الآبق ضميمة يقع الثمن في مقابلها على تقدير عدم القدرة عليه ، فإذا فرضنا انفساخ البيع في الضميمة فلا شيء حينئذ ليقابل بالثمن على تقدير عدم القدرة على العبد ولعلّه ظاهر .

بقي في المقام فرعان أحدهما : أنّ الضميمة إذا كانت ملكاً لغير بائع العبد

ولكنّه باعها مع الآبق فضولةً ثمّ ردّه مالك الضميمة فهل يبطل البيع بالاضافة إلى الآبق ، أو أنّ البيع بالاضافة إليه صحيح نظير الفرع المتقدّم ذكره ؟ لا ينبغي الإشكال في أنّ ردّ المالك يكشف عن عدم صحّة البيع في الضميمة من الابتداء وكأنّه باع الآبق بانفراده ، وعليه فلا يبقى وجه لصحّة البيع في الآبق ، هذا كلّه في صورة الردّ .

وأمّا إذا أجاز المالك فهل يصحّ البيع في الآبق حينئذ أو أنّه كالسابق في بطلان بيع الآبق ؟ لم يتعرّض إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولكن الظاهر بطلان البيع في كلتا الصورتين . أمّا في صورة الردّ فلما مرّ ، وأمّا في صورة الاجازة فلقوله (عليه السلام) « إن لم يقدر عليه يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه » فإنّ ظاهر ذلك أنّه على تقدير عدم القدرة على العبد يقع ما بذله المشتري في مقابل الضميمة ولا يأكله البائع هدراً ، وهذا إنّما يتحقّق فيما إذا كانت الضميمة ملكاً للبائع ، وأمّا إذا كان ملكاً لغيره فلا محالة يتقسّط الثمن عليها وعلى العبد ، وبعد ما أخذ مالك الضميمة ما يخصّها من الثمن ووقع ما يخصّ العبد في مقابله وفرضنا أنّ المشتري لم يقدر على العبد فلا محالة يقع ثمن العبد في ملك البائع بلا عوض ولا يخرج من كيسه شيء في مقابل ثمن العبد إذ المفروض أنّ الضميمة ملك للغير ولعلّ ذلك ظاهر .

وثانيهما : ما إذا وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً على البيع فهل يرجع بأرشه إلى البائع كما يجوز له فسخ العقد بلا إشكال ، أو أنّه لا يمكنه أخذ الأرش من البائع ؟ الظاهر أنّ عمومات أدلّة الأرش تشمل المقام لأنّه عيب لم يعلمه المشتري فله الأرش ، ونسبه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] إلى القول وهو مشعر بتوقّفه في المسألة ، ولعلّ المانع تخيّل أنّ العبد لا يقع بازائه شيء قبل حصول القدرة عليه وإنّما

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٥ .

الثمن كلّه بازاء الضميمة فهو لم يشتر العبد حينئذ حتّى يرجع بأرشه ، ولكنّك عرفت سابقاً أنّ العبد كالضميمة صار ملكاً للمشتري من زمان البيع وهو قد اشتراه ولا مانع من أن يرجع بأرشه ، ولم تدلّ الرواية على أنّ العبد لم يدخل في ملك المشتري بوجه .

الكلام في اشتراط العلم بمقدار الثمن

من جملة الشرائط في صحّة البيع العلم بالثمن ، وقد استدلّوا على اعتباره أوّلاً بإجماع المسلمين واتّفاقهم على أنّه إذا باع شيئاً بحكم المشتري بأن علّق تعيين الثمن على إرادة المشتري فالمعاملة باطلة . وثانياً بحديث النهي عن بيع الغرر(١) وثالثاً بالرواية الخاصّة(٢) الواردة في أنّ الإمام (عليه السلام) كره أن يشتري الثوب بدينار إلّا درهم لأنّه لا يدري المشتري أنّ الدينار أيّ مقدار من الدرهم ، هذا .

أمّا الرواية المباركة فلا دلالة فيها على بطلان البيع عند الجهل بالثمن لأنّ الإمام (عليه السلام) إنّما كرهه وهو لا يقتضي البطلان . وأمّا دليل نفي الغرر فقد تقدّم ما فيه سنداً ودلالة ، فلا يبقى في البين إلّا الإجماع فإن تمّ فهو وإلّا فلا وجه للاشتراط أبداً ، والظاهر أنّ إجماع المسلمين لم ينعقد على بطلان البيع فيما إذا لم يعيّن ثمنه بل جعله القيمة السوقية ، بل ولا غرر فيه أيضاً كما هو ظاهر ، هذا كلّه بالاضافة إلى ما تقتضيه القاعدة .

وأمّا حكم المسألة بملاحظة الأخبار الواردة في المقام فقد وردت فيها

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٨٠ / أبواب أحكام العقود ب ٢٣ .

صحيحة رفاعة النخّاس[١] وقد سأل فيها الإمام (عليه السلام) عمّا اشتراه من الجارية بحكمه وبعد ما قبضها وواقعها بعث إلى بائعها بألف درهم وقال إنّه حكمي في ثمن الجارية فاستقلّها وأبى أن يقبلها ، فقال (عليه السلام) أرى أن تقوّم الجارية بقيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثتها إليه ، كان عليك أن تردّ ما نقص من القيمة وإن كان قيمتها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له ... إلى آخر الخبر ، وظاهرها أنّ البيع بحكم المشتري ممّا لا مانع منه وإن كان الثمن مجهولاً بحسب الفرض ، هذا إلّا أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] وجماعة استشكلوا في الرواية بأنّ حكم المشتري إذا كان كافياً في صحّة البيع فلماذا أوجب القيمة السوقية بعدما وقع البيع بثمن خاصّ ، وإذا لم يكن حكم المشتري كافياً فلماذا صحّح البيع في صورة زيادة ما بعثه إليه من القيمة السوقية .

وقد حملها صاحب الحدائق[٣] على حكم المشتري المنصرف إلى القيمة السوقية . ويدفعه : أنّ ذلك لا يصحّح الرواية ، إذ لو كان حكم المشتري المنصرف إلى القيمة السوقية كافياً فلماذا أوجب عليه عدم أخذ الزيادة فيما إذا كان ما بعثه إليه أكثر من القيمة السوقية .

وقد أوّلها شيخنا الأنصاري وحملها على ما لا ينبغي حملها عليه ، بل وإسقاطها أولى من تأويلها بما ذكره (قدّس سرّه) وذلك لأنّه (قدّس سرّه) حملها على كون رفاعة وكيلاً من قبل مالك الجارية في بيعها بالقيمة السوقية ولذا وجب عليه ردّ ما نقص من القيمة عند كون ما بعثه إليه أقلّ من القيمة السوقية ، وأمّا وجه عدم

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٤ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٨ ح١ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٠٨ .

(٣) الحدائق ١٨ : ٤٦٠ ـ ٤٦٣ .

أخذ الزيادة عند كون ما بعثه أكثر منها فهو أنّ المالك يرى غبنه في المعاملة وهـو بدفعه الزيادة يريد إرضاء المالك حتّى يُسقط خياره لا أنّه يَسقط كما تخيّله بعض الأكابر وأورد عليه بأنّ دفع الزيادة ليس من مسقطات الخيار بل هو يُسقطه بمعنى أنّه يأخذ الزيادة ويُسقط خياره بنفسه ، وهذا الحمل كما ترى ليس بأقلّ من إسقاط الرواية رأساً .

والصحيح أن يقال : إنّ الرواية لا تحتاج إلى التأويل وأنّها ناظرة إلى ما هو المتعارف بين أهل السوق سيّما الحمّالين حيث إنّ الحمّال يأخذ الحمل ليوصله إلى محلّه فتسأله عن أُجرته وأنّها أيّ مقدار فيقول كيفك وأي مقدار تريده ، والقرائن الحالية قائمة على أنّه لا يريد الأقل من القيمة السوقية وإنّما يخيّره بين دفع أُجرة المثل والزيادة ، وهو بهذا اللفظ يجعل الأُجرة أو الثمن أمراً كلّياً يتحقّق بكلّ واحد من الزيادة والقيمة السوقية ، وقد ذكرنا في الصحيح والأعمّ(١) أنّ بعض الألفاظ يوضع للكلّي الجامع بين القليل والكثير ومثّلنا له بالكلمة لأنّها وضعت لما يشتمل حرفين فصاعداً ، وعليه فيكون الأخ كلمة وأحمد أيضاً كلمة لا أنّ الأُولى أنقص والثانية أزيد أو كلمة مع الزيادة بل كلّها كلّمة بلا زيادة ولا نقيصة ، وكذا لفظ الدار فإنّها وضعت لساحة مشتملة على أربعة حيطان مع الغرفة فإنّها إذا اشتملت على سرداب وغرفتين أيضاً دار لا أنّها دار وزيادة .

وكيف كان فلا مانع من أن يجعل الثمن أمراً كلّياً وجامعاً بين الزائد وثمن المثل ، فإذا كان ما دفعه موافقاً للقيمة المتعارفة فقد أدّى الثمن وإذا كان أكثر منها فقد دفعه أيضاً ، وليس له أخذ الزيادة لأنّه بدفعه الزائد أوجد الكلّي بذلك الفرد كما أنّه إذا كان أنقص يجب عليه أن يتمّ نقصه لقيام القرائن على عدم توكيله في دفع الناقص

(١) محاضرات في أُصول الفقه ١ (الموسوعة ٤٣) : ١٨٤ .

عن ثمن المثل ، وبذلك تندفع جميع المحاذير المتقدّمة فلا يبقى وجه لتأويل الرواية أو إسقاطها مع صحّة سندها ولعلّه ظاهر .

وكيف كان ، فلا ينبغي الإشكال في صحّة الرواية وأنّه لا مانع من جهالة مقدار الثمن ، إذ لا غرر فيها فيما إذا باعه بالقيمة السوقية وهي معروفة بين أهل السوق كما أنّه إذا باعه بسعر ما باعه لغيره أيضاً لا يكون فيه غرر فيما إذا كان ما باعه لغيره بقيمة السوق ، فما ذكره الاسكافي(١) من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعت والحكم بصحّته نعم ما ذكره ، ولكن قوله : يكون للمشتري الخيار ممّا لا نعرف له وجهاً ، وذلك لأنّ البيع بالسعر المجهول إن كان موجباً للغرر فالمعاملة باطلة من أساسها ، وإن لم يوجب الغرر فالمعاملة صحيحة فما الموجب للخيار في البين ، هذا كلّه في اشتراط العلم بمقدار الثمن .

ومن جملة الشروط العلم بمقدار المثمن

والدليل على اعتباره هو الأدلّة المتقدّمة في اعتبار العلم بمقدار الثمن ، ولكنّك عرفت ما فيها وأنّ الإجماع لم يعلم انعقاده ، والغرر غير آتٍ في مثله ، مضافاً إلى عدم تمامية دليله سنداً ولا دلالة ، فإذن لا دليل على اعتبار العلم بمقدار المثمن .

وربما يستدلّ على اعتبار العلم بمقدار المثمن بما ورد من الأخبار في اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون وأنّهما لا يصحّ بيعهما من غير كيل ووزن .

وفيه : أنّ الكلام في مطلق البيع لا في خصوص بيع المكيل والموزون كما هو ظاهر ، وعليه فالكلام في ذلك يقع في مقامين : **أحدهما** في اعتبار العلم بمقدار المثمن في مطلق المعاملات ، وقد عرفت أنّه لم يقم دليل على اعتباره بوجه .

---

(١) حكاه عنه في المختلف ٥ : ٢٦٦ .

نعم يمكن الاستدلال على اعتبار العلم بمقدار المثمن بتقرير الإمام المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) « أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد ، قال لا بأس به »(١) فإنّ ظاهرها أنّ السائل اعتقد عدم جواز البيع من غير العلم بمقدار المثمن والإمام لم يردعه عن هذا الاعتقاد ولم ينبّهه على أنّ العلم بمقدار المبيع غير لازم ، بل قد قرّره على ذلك وأجاب عن المسألة بقوله « لا بأس به » فمنه يستفاد أنّ العلم بمقدار المثمن لازم في صحّة المعاملة وإلّا لردعه الإمام (عليه السلام) ونبّهه على عدم الاشتراط ، وهذا وإن كان وارداً في خصوص المعدود والمثمن ولكنّه يتعدّى منه إلى جميع البيوع والثمن للقطع بعدم الفرق ، هذا كلّه في المقام الأوّل .

و**ثانيهما** : في اعتبار العلم بمقدار المثمن في خصوص المكيل والموزون ، وهذا ممّا لا إشكال في اعتباره للأخبار المعتبرة الواردة في اعتبار العلم بمقدار المثمن ومنها صحيحة الحلبي « في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ثمّ إنّ صاحبه قال للمشتري ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته ، قال (عليه السلام) لا يصلح (لا يصحّ على نسخة الفقيه) إلّا بكيل . قال وما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فإنّه لا يصلح مجازفة ، هذا ممّا يكره من بيع الطعام »(٢) وهي كما ترى تنادي باعتبار العلم بمقدار المثمن بالكيل .

وقد يناقش في هذه الصحيحة من وجوه : الأوّل أنّ الإمام (عليه السلام) ذكر أنّ بيع المكيل مجازفة ممّا يكره من المعاملات والكراهة لا تقتضي بطلان البيع كما هو واضح ، وعليه فالصحيحة لا دلالة لها على بطلان بيع المكيل بلا علم بمقداره .

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٨ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٧ ح١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٤٢ / أبواب عقد البيع وشروطه ب٤ ح٢ .

والثاني: أنّ الإمام قد نوّع وقسّم الطعام إلى قسمين فذكر أنّ ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً، وظاهره أنّ الطعام منه ما هو مكيل ومنه ما لا كيل فيه وهو تنويع له إلى قسمين مع أنّ الطعام كلّه من المكيل ولا طعام لا يكون فيه كيل.

والثالث: أنّ الإمام (عليه السلام) منع عن شراء العدل الآخر بإخبار البائع بوزنه مع أنّ إخبار البائع ممّا لا إشكال في صحّة الاعتماد عليه في المعاملات فالصحيحة غير معمول بها عند المشهور وهي مجملة لا يمكن الاعتماد عليها، هذا. والظاهر أنّ الرواية ممّا لا إشكال في دلالتها أبداً.

أمّا الوجه الأوّل من الإيرادات ففيه: ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ ظهور الكراهة في المعنى المصطلح في مقابل الحرام وغيره إنّما هو عند الفقهاء، وأمّا في ألسنة الأخبار فهي تستعمل بمعناها اللغوي وهو المبغوض، وهذا معنى جامع بين الحرمة والكراهة الإصطلاحية ولا يختصّ بالثاني، وعليه فظهور لا يصلح أو لا يصحّ يعيّن إرادة الحرمة منها فلا يكون لظهور لا يصلح في البطلان معارض.

وأمّا الثاني من الوجوه فيدفعه: أنّ قوله (عليه السلام) «سمّيت فيه كيلاً» من قبيل الأوصاف وهو وصف للطعام ومن الواضح أنّ الأوصاف لا مفهوم لها، نعم إنّما يؤتى بها في الكلام لأجل فائدة ولا يكون ذكر الأوصاف لغواً، ولعلّ الفائدة في ذكره في المقام هو الإشعار بعلّية الوصف للحكم وأنّ الحكم لا يختصّ بالطعام بل كلّ ما فيه كيل يجب كيله في مقام بيعه.

وأمّا الثالث من الوجوه فالجواب عنه: أنّ تصديق البائع في إخباره واعتبار قوله في ذلك وإن كان ثابتاً بالروايات التي سيمر عليك ذكرها وقد نقلها

---

(١) المكاسب ٤ : ٢١٢.

شيخنا الأنصاري بعد ذلك بأسطر إلّا أنّه يختصّ بما إذا كان إخباره عن الحسّ بأن يكيله سابقاً ويعلم بقدره ويخبر المشتري بذلك ، وأمّا إذا كان إخباره عن حدسه ونظره من دون أن يكيله فاعتباره يحتاج إلى دليل مستقل ولا يمكن اتّباعه ، وفي المقام إنّما أخبره البائع بوزن العدل الآخر بحدسه من دون أن يكيله كما يدلّ عليه قوله « ابتع منّي هذا العدل الآخر من غير كيل » وقد عرفت أنّ حجّية نظر البائع وحدسه يحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام ، وعليه فلا إشكال ولا إجمال في دلالة الصحيحة أبداً .

وكيف كان ، فهل يعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون في جميع الموارد أو يختصّ ببعضها ؟ قد عرفت أنّ المستند في اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون هو أحد الأُمور الثلاثة : الإجماع وأدلّة نفي الغرر والروايات . أمّا الإجماع فعلى فرض تماميته فالمقدار المتيقّن منه يؤخذ به وأمّا فيما شكّ في اعتبار الكيل أو الوزن فيه فيرجع إلى سائر العمومات والاطلاقات وبها ندفع اشتراط الكيل والوزن فيه . وأمّا إذا كان المستند هو دليل نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فيقع الكلام حينئذ في أنّ المناط هل هو الغرر الشخصي أو أنّ المناط هو الغرر النوعي .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ ذلك يبتني على أنّ الغرر هل هو حكمة للنهي عن البيع الغرري أو أنّه علّة له ، فعلى الأوّل لابدّ من أن يجعل المناط في الفساد هو الغرر النوعي ، إذ لا يلزم في الحكمة الاطراد فنحكم بفساد البيع فيما إذا باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من غير اختلاف بينهما في القيمة ، وذلك لأنّه وإن لم يكن فيه غرر بشخصه إلّا أنّ الغرر حكمة للنهي عمّا يوجب الغرر بنوعه وهذا نظير جعل العدّة على المطلّقة لأجل عدم اختلاط المياه حتّى في الموارد التي

---

(١) المكاسب ٤ : ٢١٤ .

نعلم بعدم اختلاطها ، أو جعل الحلّية والطهارة في الحديد لأجل استلزام النهي عنه العسر والحرج وإن لم يكن الاجتناب عنه موجباً للعسر في حقّ واحد ، وذلك لأنّ العسر أو عدم اختلاط المياه حكمة للجعل لا أنّهما علّتان للحكم حتّى يدور الحكم مدارهما .

وعلى الثاني لابدّ من أن يكون المناط في الفساد هو الغرر الشخصي وملاحظة كلّ مورد مورد ، فإن كان فيه غرر فيحكم بالفساد دون غيره وإن كان ذلك موجباً للغرر بنوعه ، وعليه فالبيع في المثال المتقدّم صحيح لعدم الغرر فيه . وكذا فيما إذا كان حدس المتبايعين قويّاً جدّاً فباعا واشتريا بحدسهما من دون كيل فإنّه لا غرر حينئذ لقوّة حدسهما كما لا يخفى . وكذا فيما إذا كان المبيع قليلاً جدّاً أو كثيراً لم يتعارف وزن الميزان لمثله وهذا كما إذا دفع فلساً وأراد به دهناً لحاجة أو أراد بيع زبرة الحديد فإنّ المعاملة في مثلهما تتمّ بالتراضي والتخمين ولا غرر فيهما عند العرف ، هذا .

ولا يخفى أنّ الحكم تارةً يترتّب على موضوع خاصّ مستنداً إلى عنوان من العناوين الثانوية كما إذا رتّبت الحلّية على الحديد لأجل عنوان العسر والحرج وأنّ في عدم حلّيته حرج على العباد ، أو تجعل العدّة على المطلّقة بعنوان عدم اختلاط المياه ، وفي مثل ذلك يمكن الخلاف في أنّ هذا العنوان الثانوي الذي لأجله ترتّب الحكم على موضوعه علّة له ليدور مداره أو أنّه حكمة لجعل الحكم على موضوعه .

وأُخرى تكون هذه العناوين الثانوية بأنفسها موضوعاً للحكم كقوله تعالى : ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1] أو نهي النبي عن الغرر أو قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا ضرر ولا ضرار »[2] وهكذا غيرها ممّا يتعلّق الحكم فيه بنفس تلك

---

(١) الحجّ ٢٢ : ٧٨ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٢٧ / كتاب إحياء الموات ب١٢ .

العناوين ، وفي مثل ذلك لا مجال للكلام في أنّ هذه العناوين علّة للحكم أو حكمة له لأنّها موضوعات لأحكامها والحكم لا يتحقّق إلّا بتحقّق موضوعه ، فتدور تلك الأحكام المترتّبة على هذه العناوين مدار تحقّق موضوعاتها التي هي العناوين المتقدّمة ، ففي كلّ مورد تحقّق فيه حرج يترتّب عليه حكمه ، كما أنّ الغرر إذا وجد في مورد يترتّب عليه حكمه ، ولا معنى لجعل هذه العناوين علّة أو حكمة حينئذ بل ذلك غلط محض ، واللازم هو أن يلاحظ كلّ مورد تحقّق فيه شيء من هذه العناوين فيحكم بالارتفاع أو البطلان فيه دون غيره ، فهل سمعت فقيهاً يفتي بعدم وجوب الوضوء على من لا مشقّة عليه في الوضوء فيما إذا كان على أهل بلده بأجمعهم مشقّة في التوضّي للبرد أو الحرّ بدعوى أنّ الوضوء حرجي على النوع ، وذلك لوضوح أنّ الحرج إنّما يرفع الوجوب فيما إذا كان هناك حرج لا مع فقدانه لأنّ الحكم فيه انحلالي فينحلّ إلى أفراده ومصاديقه ، وكذا النهي عن الغرر ولعلّ ذلك ظاهر ، وعليه فلا مناص من ملاحظة كلّ معاملة معاملة فإذا كانت غررية يحكم ببطلانها وإذا لم تكن كذلك يحكم بصحّتها وإن كان نوعها غررياً .

وأمّا إذا جعلنا الدليل في اعتبار الكيل في المكيل هو الأخبار كما هو الصحيح فلابدّ من ملاحظة أنّها هل علّقت الحكم بالغرر حتّى يلاحظ الغرر في المعاملات فيحكم ببطلان ما فيه غرر أو لا ؟ والصحيح هو الثاني لعدم أخذ الغرر في شيء من لسان الأدلّة أي الروايات كما هو ظاهر ، وعليه هل يحكم بصحّة المعاملة في الموارد الثلاثة المتقدّمة أو ببطلانها أو يفصل بين الأمثلة ؟ الظاهر هو الثالث ، وذلك لأنّ المثال الأوّل لابدّ من أن يحكم ببطلانه لعدم الكيل والوزن فيه وإن لم يلزم فيه غرر أيضاً ، إذ المناط في البطلان ليس هو الغرر كما مرّ بل لابدّ من كيل ما يسمّى فيه كيل والمفروض أنّه باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من غير معرفة مقدارهما فيحكم ببطلانه .

وأمّا المثال الثاني فالحكم فيه هو الصحّة وذلك للعلم بمقدارهما وهو يكفي في البيع ، إذ لا يحتمل أن يكون للكيل موضوعية في الأخبار بل الظاهر أنّه طريق إلى معرفة المقدار والمفروض أنّهما يعلمان المقدار بحدسهما لقوّة نظرهما .

وأمّا الثالث فهو أيضاً محكوم بالصحّة لأنّ المبيع وإن لم يُكل فيه أيضاً إلّا أنّ الكيل إنّما يجب في المكيل الذي فيه كيل في مقام المعاملة فلذا قال (عليه السلام) « كل طعام سمّيت فيه كيلاً » لا أنّ المكيل لابدّ وأن يكال وإن لم تجر العادة على كيله في مقام المعاملة ، وبعض الأُمور لقلّته أو لكثرته لا يتعارف كيله في مقام البيع وإن كان من المكيل ويجري فيه الربا ، وذلك لأنّ الربا إنّما يأتي فيما هو مكيل بجنسه وإن لم يكن مكيلاً بشخصه في مقام المعاملة ، وأمّا الكيل فهو يختصّ بما تعارف كيله في مقام المعاملة ولأجل ذلك جاز التعامل بالفلوس والدراهم والدنانير من غير علم بمقدارها ولا وزنها مع أنّها من الموزون ، والوجه في ذلك أنّها لا توزن في مقام المعاملة ولو كانت من الموزون بجنسها بل يعامل معها معاملة المعدود فيقال هذا بفلسين أو درهمين لا أنّه بمثقال من النحاس أو مثاقيل من الفضّة ، ولكن يجري فيها الربا لأنّها بجنسها من الموزون وإن لم تكن موزوناً بشخصها كما لا يخفى .

فالمتحصّل من الروايات : أنّ الكيل أو الوزن معتبر في المكيل والموزون فيما إذا كان المتعارف في معاملته في الخارج هو الكيل أو الوزن ، وأمّا المكيل أو الموزون الذي لم يتعارف فيه الكيل أو الوزن في الخارج فلا يعتبر فيه الكيل أو الوزن أبداً ولأجل ذلك لم يعتبر في الفلوس والدراهم والدنانير الوزن مع أنّها من الموزون ومن هذا القبيل زبرة الحديد الموضوعة في الأبنية والعمارات ، وعليه فإذا ظهر في شيء من الفلوس أو الدراهم والدنانير نقصان بحسب الوزن فلا تبطل بذلك المعاملة فيما يقابل النقص ، مثلاً إذا كان الدرهم خمسة مثاقيل ونقص عنها بمثقال فلا تبطل المعاملة في خمس المبيع لأجل ذلك النقصان وإنّما يثبت له خيار العيب في خصوص

الدراهم والدنانير ، وأمّا في مثل الفلوس فلا يعدّ النقص عيباً أيضاً ولذا ورد في رواية عبدالرحمن[١] أنّ إعطاء الدرهم الناقص في المعاملة غير جائز (لأنّه عيب) إلّا أن يبيّنه لصاحبه ، وأمّا في الفلوس والدراهم الأوضاحية التي هي قسم من أقسام الدرهم فلا مانع من إعطاء الناقص ولا يلزمه الإعلام والتبيين ، وذلك لما عرفت من أنّهم يعاملون معها معاملة المعدود كما صرّح به في الرواية المتقدّمة (أعني رواية عبدالرحمن) وإن كانت بحسب جنسها من المكيل والموزون ، هذا .

ثمّ إنّ اللازم في معرفة مقدار الثمن أو المثمن هو المعرفة الإجمالية ، وأمّا العلم التفصيلي بمقدارهما فهو إمّا متعذّر أو متعسّر ، وذلك لكفاية العلم بأنّ المثمن منّ أو أوقية أو حقّة وهكذا ، وأمّا معرفة أنّ الأوقية أربعة أرباع وأنّ الربع كذا مثقال وأنّ المثقال كذا حبّات من الحنطة وأنّ الحنطة أيّ مقدار وهكذا إلى أن يصل إلى الجزء الذي لا يتجزّى الذي لا وجود له خارجاً ، فهي غير معتبرة في صحّة المعاملات بل غير ممكن ، بل ذكر بعض الأفاضل في رسالة الكرّ أنّي وزنت الكرّ حتّى في الموازين الموضوعة للذهب التي هي أدقّ الموازين فرأيت أنّ مقدار المثقال مختلف ولا يتوافق وزن ميزان لما وزنه ميزان آخر ، وما ذكره هو الصحيح لاختلاف الموازين جدّاً ومعه كيف يمكن العلم التفصيلي بمقادير المثمن أو الثمن وهذا ظاهر . نعم لابدّ من معرفتها بنحو الإجمال كالأوقية أو الكيلو أو غيرهما ممّا لا نعلم مقداره حقيقة ، وأمّا معرفتها تماماً فهي تختصّ بعلّام الغيوب ، هذا .

ولا يخفى أنّ العلم التفصيلي بمقادير هذه الأوزان وإن لم يكن معتبراً ، إلّا أنّ التقدير لابدّ وأن يكون بشيء من المكيال أو الميزان المتعارف ، وأمّا إذا باع طعاماً أو شيئاً آخر بحجر مجهول المقدار وقال إنّ الطعام بمقدار هذا الحجر كذا مقدار فهو

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨٧ / أبواب الصرف ب ١٠ ح ٧ .

من بيع الجزاف ، وكذلك الحال في المكيال فإنّه لابدّ وأن يكون ممّا يتعارف الكيل به وأمّا المكيال المجهول فلا يكفي في صحّة البيع ، هذا .

ثمّ إنّ العلم الإجمالي بمقدار المثمن أو الثمن أيضاً إنّما يكفي فيما إذا كان المقدار معيّناً عنده ومعلوماً أنّ المراد به هو ذاك المقدار كمقدار أكل نفرين أو أكثر مثلاً وأمّا إذا كان عالماً باسمه فقط من دون العلم بمقداره ولو إجمالاً كالمنّ مثلاً فإذا سمع اسمه وأراد أن يشتري بهذا المقدار طعاماً أو غيره من دون الالتفات إلى أنّه منّ العطاري أو التبريزي أو النجفي الذي هو ستّة أو سبعة عشر حقّة فلا تكون المعاملة صحيحة ، هذا كلّه في المكيل والموزون .

وأمّا المعدود فهو أيضاً ملحق بالمكيل والموزون ولابدّ فيه من العدّ أو الكيل أو الوزن الموصل إلى العدّ ولا يصحّ بيعه جزافاً على ما يستفاد من تقرير الإمام (عليه السلام) في رواية الحلبي[1] حيث إنّ السائل فيها اعتقد عدم جواز بيع المعدود جزافاً وقرّره عليه الإمام ولم يردعه عن عقيدته ، ولكنّه جوّز بيعه بالكيل المجعول طريقاً إلى عدّه ، وأمّا التكلّم في صغريات المعدودات فهو خارج عن محطّ الكلام في المقام ، والظاهر أنّه يختلف باختلاف الأماكن والموارد فيباع البيض في ايران بالوزن وفي العراق بالعدّ فلابدّ من أن يعامل في كلّ بلدة بعادتها ، هذا كلّه في المعدود .

وأمّا المذروع فلم ترد فيه رواية ولم يمنع عن بيعه جزافاً اللهمّ إلّا أن يستفاد من الأخبار الواردة في المكيل والموزون والمعدود أنّ نظر الشارع من اعتبار الكيل وأخواته إلى حفظ النظام وعدم اختلال الأوضاع ، وعليه فلابدّ من اعتبار الذرع في المذروع لأجل ما ذكر أو الكيل أو الوزن الموصل إلى الذرع ولا يجوز بيعه جزافاً ، واستفادته هذه من الرواية ممّا يوافق الإنصاف ، وإن لم نستفد ذلك من

---

(١) تقدّمت في الصفحة ٣٦٤ .

الأخبار وتمّ هناك دليل نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن الغرر فـيلاحظ ذلك في المذروع أيضاً فيجوز بيعه جزافاً إلّا فيما أوجب الغرر ، فلا مانع من بيع مقدار من المذروع في مقابل مذروع آخر بهذا المقدار في الميزان فيما إذا كانا متساويين في القيمة لعدم الغرر حينئذ ، وإن لم يتم دليل الغرر أيضاً فلا محالة يجوز بيع المذروع جزافاً حينئذ لعدم الدليل على اعتبار الذرع أو الكيل فيه .

بقي الكلام في جواز بيع المكيل بالوزن وبيع الموزون بالكيل وأنّه صحيح مطلقاً أو غير صحيح كذلك أو أنّ فيه تفصيلاً فيجوز بيع المكيل بالوزن دون العكس كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري(١) من جهة أنّ الوزن هو الأصل وقد جعل الكيل طريقاً إليه فلا مانع من وزن المكيل بوجه وهذا بخلاف العكس ولعلّ ذلك ظاهر . ولعلّ القائل بالجواز مطلقاً نظر إلى الروايات الواردة في المكيل والموزون واستفاد منها أنّ التقدير في الجملة لابدّ منه في المكيل والموزون حتّى يخرج البيع بذلك عن كونه جزافاً ، وأمّا اشتراط تقدير المكيل بالكيل والموزون بالوزن فممّا لا يدلّ شيء من الأخبار عليه ، فلا مانع من تقدير المكيل بالوزن أو الموزون بالكيل لخـروج المعاملة بذلك عن الجزافية ، هذا .

وفيه : أنّ تقدير مالية المال بغير ما تعرف ماليته به لا يخرج المعاملة عن كونها جزافاً ، ومن المعلوم أنّ مقدار المالية في الموزون إنّما تعرف بالوزن كما أنّ مقدار مالية المكيل تعرف بالكيل على ما تعارف فيهما عرفاً ، فتقدير أحدهما بـالآخر تـقدير للمالية بشيء غير معلوم من حيث المالية ، فلا تخرج المعاملة بذلك عن الجـزافـية قطعاً ، والمعاملة الجزافية ممّا منعت عنه الروايات ، هذا .

ولا يخفى أنّ البحث في المقام إنّما هو على تقدير الاستدلال بالروايات وأمّا

---

(١) المكاسب ٤ : ٢١٩ .

بناءً على أنّ الدليل في اعتبار الكيل والوزن هو دليل نفي الغرر فجواز بيع المكيل بالوزن أو الموزون بالكيل يتبع تحقّق الغرر وجوداً وعدماً .

وأمّا ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من التفصيل بين بيع المكيل بالوزن وبين العكس بتجويز المعاملة في الأوّل دون الثاني ، فالوجه فيه ما أفاده من أنّ الأصل في التقدير هو الوزن والكيل إنّما هو فرع له ، فإذا أوقعنا المعاملة على المكيل بالوزن فقد قدّرناه بما هو الأصل في التقدير ، وهذا بخلاف ما إذا قدّرنا الموزون بالكيل لاستلزامه الجزافية وعدم معرفة المقدار في المثمن أو الثمن .

ويدفعه : أنّ بيع الموزون بالكيل كما لا يكفي في خروج المعاملة عن كونها جزافية كذلك لا يوجب تقدير المكيل بالوزن صحّة المعاملة وخروجها عن الجزافية وذلك لما أشرنا إليه من أنّ تقدير مالية المال إذا كان بالوزن أو بالكيل فلا يكون تقدير ماليته بشيء آخر موجباً لمعلومية مقدار ماليته فتكون المعاملة بذلك جزافية نعم ما أفاده من أنّ الأصل في التقدير هو الوزن ممّا لا يمكن إنكاره ، وذلك لاختلاف المكائيل في البلدان وعدم رجوعها إلى شيء آخر غير الوزن بالأخرة ، فالوزن هو الأصل لرجوع الأوزان على اختلافها إلى شيء واحد وهو المثقال الذي هو أربعة وعشرون حمّصة ، إلّا أنّ ذلك لا يوجب جواز بيع المكيل بالوزن لعدم معلومية مقدار المالية في المكيل إلّا بالكيل ولعلّه ظاهر ، هذا أوّلاً .

وعلى تقدير الإغماض والبناء على عدم الجزافية في المكيل عند تقديره بالوزن فنقول ثانياً : إنّ الرواية الثانية وهي رواية ابن محبوب عن زرعة عن سماعة(١) قد دلّت على أنّ المكيل والموزون لا يباع إلّا بالكيل أو الوزن ، وظاهرها هو اللفّ والنشر بمعنى أنّ الكيل لابدّ في المكيل والوزن في الموزون ، لا أنّ المكيل والموزون

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٥ ح ٧ .

يباع بالمجموع من الكيل أو الوزن بأن يقع مجموعهما في مقابل المكيل والموزون حتّى يستفاد منها أنّ في بيع المكيل والموزون لابدّ من أحدهما من دون تعيين الكيل في المكيل والوزن في الموزون وهو القول بالجواز مطلقاً ، وهذه الرواية لو لم تكن ظاهرة فيما ادّعيناه من اعتبار الكيل في المكيل بخصوصه واعتبار الوزن في الموزون كذلك فلا محالة ليست بظاهرة في كفاية أحدهما في بيع أحدهما أيضاً ، وعليه فتكون الرواية مجملة فلابدّ من المراجعة إلى سائر العمومات والاطلاقات ، هذا كلّه في عدم كفاية الوزن في المكيل .

نعم لو كان البيع واقعاً على الموزون بالوزن ولكنّا جعلنا الكيل طريقاً إلى الوزن للتسهيل بأن كلنا مقداراً من الطعام في ظرف فوزنّاه وعلمنا مقداره بحسب الوزن ثمّ كِلناه ثانياً على حساب الوزن الأوّل ، فلا إشكال في صحّته وكفايته ، لأنّ ذلك في الحقيقة تقدير بالوزن غاية الأمر لا بالميزان بل بالمكيال وبذلك نستكشف مقداره بحسب الوزن ، ولا يضرّ في ذلك ظهور الاختلاف اليسير بين ذلك وبين المقدار الموزون كما إذا نقص عنه بشيء يتسامح فيه عادة أو زاد عنه كذلك ، لأنّ ذلك ممّا لابدّ منه حتّى في الوزن بالميزان ولا يوجد ميزانان في العالم بحيث لا يكون بينهما الاختلاف في مقدار قليل هذا ، بل لو ظهر الاختلاف بكثير أيضاً لا يضرّ ذلك في صحّة المعاملة بل غاية الأمر أنّ المشتري له أن يرجع إلى البائع بالمقدار الناقص وهذا أشبه شيء ببيع الكلّي وتسليم الناقص في مقام التسليم .

وممّا ذكرناه ظهر أنّ ما أورده شيخنا الأُستاذ[١] على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ بيع الموزون بالكيل لو كان صحيحاً حتّى في صورة انكشاف النقصان بمقدار لا يتسامح فيه لجاز بيع الموزون بلا كيل ووزن على أنّه كذا مقدار فإنّه أيضاً إذا

---

(١) منية الطالب ٢ : ٣٦٦ .

ظهر ناقصاً يرجع إلى البائع بمقدار الناقص مع أنّ المعاملة في هذه الصورة باطلة غير وارد من أساسه ، وذلك لأنّ مفروض كلام الشيخ (رحمه الله) إنّما هو صورة استكشاف وزن المبيع بالكيل بالاطمئنان ، وأنّ لها صورتين صورة المطابقة وعدم ظهور النقص وصورة الاختلاف وظهور النقصان بمقدار كثير ، وما أورده عليه من النقص لا كشف لمقدار المبيع فيه لا بالوزن ولا بالكيل ولا بإخبار البائع ، وبيع المكيل والموزون بالمشاهدة غير صحيح ولأجل ذلك لا وجه لصحّته أبداً ، وهذا بخلاف الصورة المتقدّمة فإنّ المقدار والوزن مستكشفان بالكيل في الابتداء والكيل طريق إلى الوزن إلّا أنّه ظهر فيه النقص بعد انعقاد المعاملة صحيحة ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بعد ذلك ذكر أنّه علم ممّا ذكرناه أنّ المقدار في الموزون والمكيل لابدّ وأن يكون معلوماً لكلّ واحد من المتبايعين ، وإذا فرضنا أنّ المعاملة وقعت على عنوان مقدار من المقادير معلوم عند أحدهما دون الآخر كالحقّة والرطل والوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم سيّما الأعاجم فهي محكومة بالبطلان لا محالة ، لأنّ مجرّد ذكر أحد هذه العناوين وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة ، هذا .

ولا يخفى أنّ العلم بالمقادير على نحو التفصيل إن كان معتبراً في صحّة المعاملات فاللازم بطلان أكثر المعاملات بل أجمعها لأنّ المتعاملين غالباً لا يعرفون أوزان المقادير تفصيلاً حتّى أنّهم لا يدرون أنّ الحقّة أو الوقية تساوي بكم مثقال وأنّ المثقال أيّ مقدار غالباً ، وإن قلنا بكفاية العلم بالمقادير في الجملة فهو موجود في معاملات الأعاجم مع أهل العراق لأنّه يراه في الميزان ويعلم أنّه بمقدار حقّة

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٢٤ .

وهذا المقدار من العلم بالمقدار كافٍ في صحّة المعاملات ولا نظنّ أحداً يحكم بفساد تلك المعاملات الواقعة بين الأعاجم وأهل العراق مثلاً ، وقد أشرنا سابقاً إلى أنّه إذا عرف من المقادير اسمها لا حقيقتها وعامل معاملة في الذمّة مثلاً كما إذا اشترى حقّة من الحنطة في ذمّة البائع والحال أنّه لم ير ولم يعلم أنّ الحنطة بمقدار الحقّة أيّ مقدار فلا محالة يحكم ببطلانها لعدم العلم بالمقدار حقيقة ، وهذا بخلاف ما إذا رأى المقدار في الميزان وعلم مقداره بالمشاهدة ولعلّ ذلك ظاهر ، هذا كلّه في المكيل والموزون .

وأمّا المعدود فقد يستفاد من رواية الحلبي عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ لأجل تقرير الإمام وعدم ردعه السائل عن اعتقاده عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ ، وهو كذلك كما أشرنا إليه سابقاً ، فهل يكفي فيه الكيل أو الوزن فيما إذا جعلا طريقاً إلى العدّ ، الظاهر أنّه لا مانع من ذلك بوجه كما صرّح به في الرواية المتقدّمة ولا ينافي ذلك ظهور الاختلاف في بعض الأوقات بمقدار يسير ، وهذا لا يختصّ بحال الاضطرار بل يجوز في حالتي الاختيار وعدمه .

وقد يقال إنّ ظاهر الرواية أنّ السائل كان يعتقد عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ في حال الاختيار فلذا سأله عن صورة عدم استطاعة العدّ والاضطرار إلى الكيل ، والإمام (عليه السلام) قرّره على ذلك .

ولكن يمكن المناقشة في ذلك : بأنّ الوجه في عدم السؤال عن كيل المعدود في صورة التمكّن من العدّ ليس هو الاعتقاد بعدم جوازه بل لعلّه من أجل عدم الحاجة إلى الكيل مع التمكّن من العدّ الذي هو أسهل من الكيل فلا تقرير في الرواية بوجه وهذا ظاهر .

والكلام إنّما هو في كيل المعدود أو وزنه على نحو الاستقلال من دون أن يجعلا طريقاً إلى العدّ ، فهل يجوز ذلك مطلقاً أو لا يجوز كذلك أو يفصّل بين الكيل والوزن ويحكم بالجواز في الوزن وبعدمه في الكيل ؟ وجوه .

اختار شيخنا الأنصاري[١] التفصيل بينهما ، ولم يذكر الوجه في صحّة الوزن في المعدود بل اكتفى بنقل كلمات الأصحاب في أنّه لا يجوز السلم في المعدود إلّا بالوزن ، والظاهر عدم كفاية شيء من الكيل والوزن في صحّة المعاملة في المعدودات ، وذلك لأنّ المالية في المعدودات إنّما هي بالعدّ كما أنّها في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن ، إذ الميزان في مالية كلّ شيء بحسبه ، وهذه المالية لا تعلم في المعدود إلّا بالعدّ لا بالكيل والوزن لأنّ الكيل أو الوزن لا يعيّنان مقداره حتّى يعلم به ماليته ، فتكون المعاملة في المعدود بالكيل والوزن جزافية لما مرّ من أنّ الجزاف عبارة عن عدم العلم بمقدار مالية المال ، هذا كلّه في المكيل والموزون والمعدود .

والكلام بعد ذلك يقع في أنّ المناط في كون شيء من المكيل أو الموزون ماذا وقد نسب إلى المشهور في الحدائق[٢] وغيره ، وإن استشكل فيه صاحب الجواهر[٣] وأيّد النسبة إلى المشهور شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ، أنّ المناط في المكيل والموزون والمعدود هو زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ، وكلّ شيء كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلّى الله عليه وآله) فهو مكيل أو موزون إلى يوم القيامة ، هذا فيما علمنا بأنّه كان كذلك في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ، وأمّا ما لم يكن كذلك فلابدّ فيه من ملاحظة العادة في جميع البلدان ، فإن كان في جميعها مكيلاً أو موزوناً وإن كان في بعض البلدان الصغيرة على خلافها أيضاً فيعامل معه معاملة المكيل والموزون ، وإذا فرضنا البلدان الغالبة مختلفة بأن كان في هذا البلد مكيلاً وفي الآخر موزوناً وفي ثالث معدوداً ، فاللازم مراعاة المتعارف في كلّ بلد بخصوصه فيعامل مع

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٢٤ .

(٢) الحدائق ١٨ : ٤٧١ .

(٣) الجواهر ٢٢ : ٤٢٧ .

الشيء الواحد في هذا البلد معاملة المكيل والموزون وفي البلد الآخر معاملة المعدود وهكذا هذا .

وقد ذكروا نظير ذلك بل عينه ومطابقه في الربا ، وأنّ المناط أوّلاً هو ملاحظة زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ثمّ العرف العام ثمّ عادة كلّ بلد بخصوصه ، وهذا إن قام على طبقه إجماع واتّفاق أو ورد في بعض خصوصياته نصّ ورواية كما في الدرهم والدينار حيث ورد أنّهما من المكيل والموزون ويدخل فيهما الربا وإن كان معدوداً في مقام المعاملة فهو ، وإلّا فاثبات ذلك لعلّه مستحيل فضلاً عن تعسّره والوجه في ذلك أنّ الجمع بين القضية الحقيقية التي يترتّب فيها الحكم على موضوعاته المقدّرة والمفروضة الوجود ، وبين القضية الخارجية المترتّب فيها الحكم على موضوعاته المعلومة والمتحقّقة في الخارج غير ممكن ، فإن كان الحكم بأنّ المكيل والموزون لا يباع إلّا بالكيل أو الوزن من قبيل القضايا الخارجية بأن يكون النظر فيه إلى المكيل والموزون الموجودين في الخارج في زمن النبي (صلّى الله عليه وآله) وزمن صدور الحكم فلا محالة تختصّ أحكام الكيل والوزن بما هو كذلك في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ولا يتعدّى عنه بوجه ، وعليه فما الوجه في التزام المشهور بجريان أحكامهما التي منها جريان الربا فيما صار مكيلاً أو موزوناً في العرف العام وجميع البلدان بعد ما لم يكن مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلّى الله عليه وآله) ، وإن كان الحكم فيهما على نحو القضايا الحقيقة بأن يكون النظر فيه إلى كلّ ما وجد في الخارج وصدق عليه المكيل والموزون المعبّر عنه بالأفراد المقدّرة الوجود بحيث يشمل كلّ ما هو مكيل فعلاً وما سيوجد بعد ذلك ، فيرتفع الإشكال المتقدّم إلّا أنّه يتوجّه عليه أنّهم لماذا لا يجرون أحكام المكيل والموزون فيما لم يكن من قبيلهما في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) وصار منهما بعده حيث ذكروا أنّه يعامل معه معاملة غير المكيل والموزون إلى يوم القيامة مع أنّه صار من أفراد الموضوع الذي

حكم عليه بأحكام المكيل والموزون في القضية الحقيقية .

وبالجملة : الجمع بين هذين الأمرين مستحيل كما ذكره شيخنا الأنصاري من أنّ الجمع بينهما وتطبيقهما على الروايات مشكل ، بل قد عرفت أنّه متعذّر لعدم الجامع بين القضيّتين .

والظاهر أنّ هذا الحكم كنظائره من الأحكام والقضايا المجعولة على نحو القضية الحقيقية وأنّ المناط فيه هو صدق عنواني المكيل والموزون على شيء من دون اختصاصه بالأفراد المتحقّقة منهما في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) كما لعلّه يشير إلى ذلك بقوله (عليه السلام) « وما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً » الخ ، فإنّ ظاهره أنّ ما كان من الطعام المتعارف كيله فلا يجوز بيعه مجازفة ، وهذا عنوان لا يختصّ بالأفراد الموجودة بل يعمّها وما يتحقّق فيما بعد من الأفراد كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقية ، لأنّ الحكم فيها إنّما يترتّب على الأفراد المقدّرة الوجود فيتوقّف ترتّبه على شيء على صدق ذلك العنوان في الخارج ، فإذا ورد أنّ العالم يجب إكرامه فيلاحظ في الحكم بالوجوب أنّ هذا الشخص فعلاً يصدق عليه عنوان العالم أو لا ، فإذا صار أحد متّصفاً بذلك العنوان فيدخل تحت الحكم بوجوب إكرامه سواء كان متّصفاً به في زمان ورود الحكم أيضاً أم اتّصف بذلك بعده ، كما أنّه لا يشمل من انقلب عنه وخرج عن العالمية فعلاً ولو كان متّصفاً به قبل ذلك ، وعلى هذا فالميزان في الحكم بلزوم الكيل والوزن هو ملاحظة المتعارف في كلّ بلد بلد ، فإذا كان شيء في بلد من المكيل أو الموزون فيلحقه حكمه ولو كان في البلد الآخر معدوداً أو شيئاً آخر ، وهذا هو المناط في المكيل والموزون من حيث الحكم بالكيل والوزن وجريان أحكام الربا ، اللهمّ إلّا أن يرد نصّ في خصوص شيء ويدلّ على أنّ ذلك الشيء بما أنّه كان من المكيل والموزون في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) فهو محكوم بحكمهما إلى يوم القيامة وإن انقلب منهما وصار بعده من المعدود أو غيره ، وهذا نظير الدراهم

الأوضاحية وغيرها من الدراهم والدنانير فإنّها من المكيل والموزون ويلحقها حكمها من حيث جريان الربا وإن صارا في الخارج من المعدود ، أو يقوم إجماع كاشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) على أنّ ما كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلّى الله عليه وآله) فهو محكوم بحكمها إلى يوم القيامة ، ففي كلّ مورد لم يرد فيه نصّ أو إجماع فحكمه ملاحظة أنّه من المكيل أو الموزون في هذا البلد أم من غيرهما فعلى تقدير صدق ذلك العنوان عليه يجري فيه أحكامها من جهة لزوم كيله ووزنه وجريان الربا ، وإن كان في البلد الآخر محكوماً بالعدد وغير داخل في المكيل والموزون ، هذا ملخّص الكلام في مناط المكيل والموزون .

بقي هنا شيء وهو أنّ المبيع إذا كان في بلد المكيل والموزون ووقع عليه العقد في بلد ليس ذلك المبيع فيه من قبيل المكيل والموزون ، فهل اللازم اعتبار ما هو متداول في مكان البيع والحكم بعدم لزوم كيله ووزنه ، أو أنّه لابدّ من ملاحظة مكان المبيع والحكم بكيله ووزنه ؟ الظاهر هو الثاني لأنّ المفروض أنّ المبيع هو بادنجان كربلاء مثلاً وهو فيها ممّا يوزن أو يكال ، فالبيع إنّما وقع على ما يصدق عليه المكيل والموزون إذ المفروض أنّ بادنجان كربلاء مكيل أو موزون فلا اعتبار بمكان إنشاء البيع بوجه .

ثمّ إنّ هنا فروعاً لابدّ من أن يراجع فيها إلى الأُصول العملية وذلك كما إذا وقعت المعاملة على شيء في صحراء متوسط بين البلدين لا يلتحق بذلك ولا بذاك لعدم كونه من ملحقاتها فهل اللازم فيه اعتبار الكيل أو الوزن ؟ الظاهر أنّ حكمه جواز بيعه من غير كيل ولا وزن ، إذ يكفي في عدم لزوم وزنه وكيله عدم كونه مكيلاً وموزوناً فيرجع إلى عمومات أدلّة الامضاء .

الكلام في جواز تصديق البائع في إخباره

والكلام في ذلك يقع في جهات ثلاث :

الجهة الأُولى : في أصل ذلك ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ البائع يعتبر قوله وإخباره عن كيل المبيع ووزنه ، لدلالة الروايات المتقدّمة على تصديق البائع في إخباره وجواز تصديقه ، والاكتفاء به عن الكيل والوزن ممّا لا يعتريه ريب . وأمّا ما ربما يتوهّم من ذيل صحيحة الحلبي المتقدّمة من منعه (عليه السلام) عن تصديق البائع في إخباره ، فقد تقدّم دفعه وأنّه (عليه السلام) إنّما منعه عن تصديقه من أجل أنّ إخباره كان مستنداً إلى حدسه ونظره لا إلى حسّه وكيله ووزنه ، والروايات إنّما تدلّ على أنّ إخباره عن حسّه كما إذا كاله أو وزنه بنفسه ثمّ أخبر به المشتري ممّا يمكن الاكتفاء به لا مطلقاً ولو كان إخباره مستنداً إلى حدسه ونظره ، وهذا ظاهر .

الجهة الثانية : في أنّ إخبار البائع وقبول قوله هل أنّه من جهة الموضوعية في إخباره بأن يعتبر الشارع في بيع المكيل والموزون أحد الأمرين الكيل والوزن أو إخبار البائع بهما ولو كان البائع فاسقاً مشتهراً بالكذب في أقواله وأخباره ، أو أنّه من جهة الطريقية إلى وزنه أو كيله فلابدّ وأن يكون المخبر ثقة أو يحصل الاطمئنان بخبره وإلّا فلا يصغى إلى إخباره بل لابدّ من كيله أو وزنه ، أو أنّه لا ذاك ولا هذا بل من أجل أنّ إخباره بمنزلة الاشتراط على أنّه بذاك المقدار وبما أنّه يوجب انتفاء الغرر عن المشتري إذ له أن يفسخ المعاملة على تقدير عدم كونه بهذا المقدار فلذا كان موجباً لصحّة البيع من دون اعتبار شيء من الكيل أو الوزن فيه ؟

الصحيح هو الثاني من الاحتمالات ، لأنّ احتمال الموضوعية في الإخبار بعيد بل قد دلّت الروايات[1] على أنّه إذا ائتمنك فلا مانع من أن يشتريه بلا كيل أو إذا

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٥ .

صدّقته فلا مانع ، فمنه يظهر أنّ إخباره طريق إليها لا أنّ له موضوعية في جواز المعاملة ، إذ لو كان الأمر كذلك لصحّ الاكتفاء بإخباره حتّى مع عدم الاطمئنان بصدقه أو مع فسقه وكذبه ، وقد عرفت عدم صحّة الاعتماد عليه حينئذ بحسب دلالة الأخبار ، وأمّا احتمال أنّه من أجل رجوعه إلى الاشتراط الموجب لانتفاء الغرر فأبعد ، لأنّه لو كان موجباً لصحّته لجازت المعاملة بالاشتراط على أنّه كذا مقدار من دون توسيط إخبار البائع مع أنّه من الجزاف بل لابدّ من كيله ووزنه ، والوجه فيه أنّ المستند في اعتبار الكيل والوزن ليس هو دليل نفي الغرر حتّى يتوهم صحّة المعاملة فيما انتفى فيه الغرر ولو بغير الكيل والوزن ، بل المستند فيه هو الأخبار والروايات الواردة في الباب ، وعليه فلا يفرق في اعتبارهما بين انتفاء الغرر وعدمه .

الجهة الثالثة : أنّ المبيع إذا ظهر على خلاف ما أخبر به البائع من مقداره ووزنه بأن ظهر أنّه أنقص ممّا أخبر به أو ظهر أنّه أزيد إمّا من أجل تعمّد البائع أو سهوه واشتباهه ، فهل اللازم بطلان المعاملة حينئذ لأنّ البيع إنّما وقع على ما هو معنون بعنوان كونه كذا مقدار والمدفوع غير متّصف به فتكون المعاملة الواقعة عليه بما أنّه كذا وكذا باطلة ، أو أنّ المعاملة صحيحة غاية الأمر يتخيّر المشتري بين الفسخ وإمضائها ، وعلى تقدير الامضاء هل يمضي العقد بالثمن المسمّى على ذلك المبيع الناقص بحسب الفرض بأن يقع الثمن بأجمعه في مقابل الناقص أو أنّه يمضي في المقدار الباقي بأن يخرج من الثمن بنسبة الناقص إلى المثمن لا أنّه يعطى جميعه في مقابل ذلك الناقص ، ففي المقام موارد للبحث .

المورد الأوّل : في أنّ ظهور المبيع أنقص من المقدار الذي أخبر به البائع أو قامت البيّنة عليه أو أزيد من ذلك المقدار يوجب بطلان المعاملة أو أنّه لا يضرّ بصحّتها ؟

ربما يقال ببطلان المعاملة في هذه الصورة من جهة أنّها من قبيل تخلّف العنوان

عن المعنون نظير ما إذا باع شيئاً على أنّه كتّان فظهر أنّه قطن فالمعاملة باطلة . ثمّ يجاب عن ذلك بأنّ البطلان في المثال من جهة أنّ المبيع غير الموجود بحسب الجنس وهذا لا يقاس بالمقام لأنّ المبيع والموجود كلاهما من جنس واحد بل هو هو وإنّما الاختلاف بينهما في الكمّ وظهور أنّه أنقص منه بشيء ، فهما متحدان جنساً ووصفاً إلّا في خصوص الكمّ ، هذا .

واحتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) البطلان في المقام ثمّ ذهب إلى صحّتها مع الخيار ، وما ذهب إليه (قدّس سرّه) هو الصحيح وتوضيح ذلك : أنّا ذكرنا مراراً أنّ المواد المشتركة بين الموجودات والأشياء المعبّر عنها بالهيولى لا تقابل بالمال أبداً ، لأنّ المادّة المشتركة بين التراب والذهب لا يدفع بازائها المال خارجاً وإنّما المال يبذل بازاء الأوصاف بمعنى أنّها واسطة لثبوت المالية للمواد . وهذه الأوصاف تارة تكون من قبيل الصور النوعية وأُخرى تكون من الأعراض غير المقوّمة ، فإذا تخلّفت الصورة النوعية في معاملة سواء كان ذلك من الصور النوعية العقلية أم كان من الصور النوعية العرفية بطلت المعاملة ، مثلاً إذا باع جارية فظهر أنّها فرس فإنّ الصورة النوعية مختلفة فيهما عقلاً إذ المفروض أنّ أحدهما صامت والآخر ناطق فيحكم ببطلان المعاملة من جهة أنّ الموجود لم يقع عليه بيع وما وقع عليه البيع غير موجود بحسب الفرض . أو إذا باع جارية فظهر أنّها عبد فإنّ الصورة النوعية فيهما مختلفة عرفاً وإن لم تكونا كذلك عقلاً لاتّحادهما بنظر العقل حقيقة إذ الذكورية والأُنوثية ليست مقوّمة بنظر العقل بوجه وإنّما هما من الأعراض فلذا يمكن أن يتبدّل أحدهما بالآخر بإعجاز أو بغيره كما ربما يتّفق في بعض الموارد ، إلّا أنّهما لمّا كانتا من الصور النوعية عرفاً فلذا يحكم ببطلان المعاملة حينئذ لأنّ ما وقع

(١) المكاسب ٤ : ٢٤١ .

عليه البيع غير موجود والموجود لم يقع عليه بيع ، فالبطلان في المعاملات عند التخلّف إنّما هو في هاتين الصورتين .

وأمّا إذا ظهر الاختلاف والتخلّف في بعض الأعراض دون الصور النوعية كما إذا باع الحنطة على أنّه كذا مقدار ثمّ ظهر أنّه أنقص منه أو أزيد ، فإنّ الموجود والمبيع حينئذ شيء واحد حقيقة وعرفاً ولا اختلاف بينهما إلّا في خصوص المقدار والكم ففي مثل ذلك لا وجه للبطلان غاية الأمر أنّ للمشتري الخيار لتخلّف شرط أنّه كذا مقدار .

المورد الثاني : أنّ الخيار الثابت في المقام هل هو خيار الغبن أو أنّه خيار تخلّف الشرط ؟ ظاهر كلام العلّامة (قدّس سرّه)(١) هو الأوّل حيث ذكر في قواعده عند ظهور الزيادة أو النقيصة أنّ المغبون منهما يتخيّر بين الفسخ والامضاء ، ولكن الصحيح أنّ الخيار في المقام خيار تخلّف الشرط ، وأمّا تعبير العلّامة (قدّس سرّه) ففيه من المسامحة ما لا يخفى ، ولعلّه بذلك أراد إثبات الخيار لكلّ من توجّه عليه الضرر منهما ، فعلى تقدير الزيادة فالضرر متوجّه على البائع فهو على خيار ، كما أنّه على تقدير النقيصة متوجّه على المشتري فهو مخيّر بين الفسخ والإمضاء ، ولم يرد الغبن الاصطلاحي إذ لم تقع المعاملة على ثمن زائد عن القيمة السوقية حتّى يتوهّم أنّ المشتري مغبون في المعاملة لأنّه اشتراه بأكثر من القيمة السوقية وذلك ظاهر ، وهو نظير تعبير الشهيد في اللمعة كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) بل الظاهر أنّ الخيار مستند إلى تخلّف الشرط كما عرفت ، هذا .

وربما يمنع عن ذلك بأنّ هذا الخيار إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف

---

(١) القواعد ٢ : ٦٧ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٤٣ .

والمقدار في العقد وهو غير مفروض الكلام ، لأنّ الفرض أنّ البيع وقع عليه بما أنّه كذا مقدار ولم يشترط فيه المقدار بالصراحة .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ ذلك في الأوصاف الخارجية التي لا يشترط اعتبارها في صحّة المعاملة كالكتابة والخياطة ونحوهما وأمّا الوصف المأخوذ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصحّ البيع كالمقدار المعيّن من الكيل أو الوزن فلا يحتاج إلى ذكره في متن العقد ، بل الأوصاف غير الدخيلة في صحّة المعاملة أيضاً إذا وقعت المعاملة عليها لا يحتاج إلى ذكرها في العقد ، فإذا باعه عبداً كاتباً بقوله بعتك هذا العبد الكاتب بكذا فإنّه بمنزلة أن يقول بعتك هذا العبد بشرط أن يكون كاتباً فيوجب تخلّفه الخيار ، فهذا الإشكال ممّا لا أساس له .

المورد الثالث : أنّ المشتري إذا فسخ العقد فهو ، وأمّا إذا رضي به وأمضاه فهل يرجع إلى البائع بالثمن بنسبة الناقص إلى المبيع ، أو أنّ الثمن بأجمعه يقع في مقابل المبيع الذي ظهر نقصه ؟ لا ينبغي الإشكال في أنّ المشتري له أن يرجع إلى البائع بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الناقص إلى المبيع ، ولا وجه لتوهّم عدم جواز رجوعه ، والوجه في ذلك أنّ الثمن يتقسّط على أجزاء المبيع في المعاملات فإذا اشترى عشرة أمنان من الحنطة بعشرة دراهم فمعناه أنّه اشترى كلّ منّ بدرهم وعليه فإذا ظهر أنّه أنقص من المقدار المعيّن بمنّين فلا محالة يكون جزءان من الثمن بلا مثمن وبلا عوض ، فالمعاملة تصير بالاضافة إليهما باطلة ، إذ لا معنى للبيع بلا مثمن ، وأمّا في غيرهما من الأجزاء الباقية فالمعاملة صحيحة ولكن للمشتري خيار تبعّض الصفقة لأنّه إنّما اشترى الثمانية بشرط أن تكون في ضمن العشرة ولم يشتر الثمانية باستقلالها ومرجع ذلك الخيار إلى خيار تخلّف الشرط كما عرفت ، وبالجملة لا يقاس المقام بما إذا اشترى شيئاً بوصف معيّن فظهر أنّه فاقد له فإنّ الثمن لا يتبعّض حينئذ لأنّه بأجمعه إنّما وقع في مقابل الموصوف ، وأمّا الصفة فهي ممّا لا يقع بازائها

الثمن ، وهذا بخلاف المقام لأنّ الفرض أنّ المبيع ظهر ناقصاً وفاقداً لبعض أجزائه وهي أي الأجزاء يتقسّط الثمن عليها بلا خلاف .

المورد الرابع : إذا ظهر أنّ المبيع أزيد من المقدار المعيّن فهل للبائع أن يفسخ المعاملة أو لا ؟ الظاهر أنّه لا وجه للخيار للبائع أبداً وغاية ما هناك أنّه يرجع في مقدار الزائد إلى المشتري ، إذ لا وجه ولا موجب لتخيّره بين الفسخ والامضاء وهذا لا يقاس بما إذا ظهرت الزيادة في الأوصاف التي لا يتمكّن البائع من إرجاعها إلّا بارجاع نفس الموصوف كما إذا باع عبده بما أنّه مريض ثمّ ظهر أنّه صحيح فإنّ البائع يتخيّر حينئذ بين الفسخ والامضاء بلا كلام ، وأمّا في المقام الذي له أن يأخذ الزيادة فلا موجب للخيار ، نعم يوجب ذلك اشتراك المثمن بينهما وهذا أي الشركة نقص وعيب في المال فللمشتري خيار العيب وله أن يفسخ المعاملة أو يلتزم بها ولكنّه لا أرش له لأنّه ليس ممّا يقابل بالأرش فالخيار للمشتري دون البائع ، فما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ الخيار للمشتري على كلا تقديري ظهور الزيادة والنقصان هو الصحيح .

الكلام في بيع المشاهد

قد عرفت أنّه يعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون كما أنّه يعتبر العدّ والذرع في المعدود والمذروع للقطع بعدم الفرق بينها ، وأمّا ما ليس من قبيل المكيل ولا الموزون ولا المعدود ولا المذروع فلا مانع من بيعه بالمشاهدة وذلك كما في الأراضي والدور لتفاوت قيمتها باختلاف الأنظار ، فإذا اشترى داراً أو أرضاً بالمشاهدة وكانت بنظره كذا مقداراً ثمّ انكشف أنّها أقلّ من ذلك المقدار فلا خيار

---

(١) منية الطالب ٢ : ٣٧٥ ـ ٣٧٦ .

له ، كما لا إشكال في صحّة بيعه وذلك لأنّه إنّما اشتراها بالمشاهدة ولم يشترط في عقد المعاملة أن تكون كذا مقدار ، نعم لو اشترط في ضمنها أن تكون كذا مقدار وظهرت أقلّ منه فله خيار تخلّف الشرط كما هو ظاهر .

وذهب العلّامة(١) إلى جواز بيع قطيع الغنم بالمشاهدة ، لأنّ الغنم ليس من المكيل أو الموزون ولا من المعدود والمذروع بل يباع بالمشاهدة لاختلاف قيمته باختلافه من حيث السمن والهزال فلا مانع من بيع القطيع منه بالمشاهدة . واستشكل في ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) من جهة الغرر في أمثالها من المعاملات لاختلاف القطيع من حيث العدد والأفراد وهي غير معلومة للمشتري كما هو المفروض فتكون المعاملة جزافية ، وكيف كان فلا مانع في البيع بالمشاهدة إلّا فيما إذا استلزم الغرر في مورد وبنينا على تمامية أدلّة الغرر من الإجماع أو الرواية ولعلّ ذلك ظاهر .

الكلام في بيع بعض أجزاء الشيء

المبيع تارة يكون تمام الشيء من أوّله إلى آخره وهو ممّا لا إشكال في صحّته وأُخرى يكون بعض أجزائه كثلثه المشاع أو ربعه كذلك ، فيكون المشتري حينئذ شريكاً مع البائع في المال بالثلث والربع أو غيرهما ، وهذا أيضاً لا إشكال في صحّته نظير الشركة الأوّلية كما إذا مات أحد وانتقل ماله إلى ورثته فإنّهم يشتركون في تلك الأموال بالنسبة ، فإذا كانوا ثلاثة فالمال بينهم بالثلث وإذا كانوا اثنين فهو بينهما بالنصف ، وإذا فرضنا أحدهما بنتاً وثانيهما ابناً فثلثاه للابن وثلثه للبنت ولعلّ ذلك

---

(١) التذكرة ١٠ : ٨٤ المسألة ٤٧ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٤٥ .

واضح ، وكيف كان فبيع بعض أجزاء الشيء يتصوّر على أقسام وصور :

الصورة الأُولى : أن يشتري كسراً مشاعاً كما إذا اشترى منّاً من الحنطة الموجودة في الخارج من غير أن يعلم بأنّ نسبة المنّ إلى مجموع الحنطة بالعُشر أو بالربع أو بغيرهما من المقدار وذلك للجهل بمقدار مجموع الحنطة ، فالبائع لا يدري أنّ المشتري يشترك معه في ثلث ماله أو في ربعه ولكنّه يعلم أنّه يشترك معه في المال بنسبة المنّ إلى مجموع الحنطة فإن كانت هي بالثلث فبالثلث وإن كانت بالربع فبالربع وهكذا ، فمقدار المبيع معلوم ولكن أنّه بأيّة نسبة من الثلث أو الربع غير معلوم .

ولا إشكال في صحّة المعاملة في هذه الصورة للعلم بمقدار المبيع وتعيين النسبة في الواقع وعلم الله ، ولا يضرّ الجهل بها في صحّة البيع بعد العلم بمقدار المبيع ، وهذا لا يختصّ بالحنطة بل يجري ويصحّ في بيع دار من الدارين أو عبد من العبدين بالاشاعة بأن يكون المشتري شريكاً مع البائع في الدارين والعبدين بالنصف نصف من هذه الدار ونصف آخر من الدار الأُخرى ونصف من هذا العبد ونصف آخر من العبد الآخر ، هذا .

ولكن حكي عن العلّامة (قدّس سرّه)[1] الإشكال في صحّة بيع عبد من عبدين أو شاة من شاتين وإن ذهب إلى الصحّة في مثل منّ الحنطة ، ولكن لا فرق بينهما إلّا في أنّ العبد لا يطلق على النصف من عبد والنصف من عبد آخر فلا يصحّ أن يقال عرفاً إنّ له عبداً ، وهذا أمر راجع إلى مقام الإثبات ولا يضرّ بصحّة المعاملة في مقام الثبوت ، إذ لا مانع من إطلاق العبد وإرادة النصفين من عبدين مع علم المتبايعين بالمراد سيّما إذا صرّح بالمراد في العقد ، وأمّا اعتبار الصراحة والحقيقة في المعاملات وأنّ المعاملات لا تصحّ بالألفاظ المجازية أو الكنائية فقد عرفت في

(١) التذكرة ١٠ : ٨٦ .

محلّه أنّه على تقدير اعتباره إنّما يعتبر في نفس البيع والاجارة ونحوهما بأن لا يقول بعت ويريد منه الاجارة وبالعكس ، وأمّا في متعلّقات البيع والمعاملة فلا مانع من استعمال المجاز أو الكناية بل الغلط أيضاً كما مرّ ، وفي المقام قد ذكر البيع بالصراحة وقال بعت وإنّما الإجمال أو المجاز في متعلّقه وهو العبد وقد عرفت أنّـه لا يـوجب البطلان سيّما مع نصب القرينة أو التصريح بالمراد .

ثمّ إنّ ما ذكرناه في المقام لا يختصّ بما إذا كانت الأجزاء متساوية القيمة بل يجري فيما إذا كانت قيمتها مختلفة أيضاً ، كما أنّه لا يختصّ بما إذا كانت أجزاؤه مجتمعة بل يصحّ فيما إذا كانت الأجزاء متفرّقة كما إذا باعه منّاً من حنطة التي مقدار منها في هذا المكان ومقدار منها في مكان آخر وذلك ظاهر .

الصورة الثانية : أن يكون المبيع من قبيل الكلّي في الخارج وهذه هي التي جعلها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ثالث الأقسام في المقام ونحن قدّمناها على الثاني لنكتة تظهر عن قريب إن شاء الله تعالى .

المبيع تارة يكون كلّياً في الذمّة بأن لا يضاف إلى شيء وله اعتبار عند العقلاء ويعتبرونه مالاً فلذا لا مانع من جعل مثله صداقاً في نكاح أو ثمناً في مـعاملة بأن يجعل الصداق مائة دينار الثابتة على ذمّة زيد ، وأُخرى يكون كلّياً مضافاً إلى ما في الخارج كبيع صاع من صبرة معيّنة ، ومعنى كونه كلّياً أنّ الخصوصيات والتشخّصات في أفراد الصيعان كلّها مملوكة للبائع ولم تنتقل منه إلى المشتري فلذا ليس له المطالبة بخصوص حصّة معيّنة ، إذ للبائع أن يجيب أنّك إنّما اشتريت صاعاً من الحنطة لا بهذه الخصوصية وهذا ظاهر .

الصورة الثالثة : التي هي الصورة الثانية في كلام شيخنا الأنصاري وهي ما

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٥٣ .

إذا كان المبيع فرداً غير معيّن ونكرة مردّدة بين الأفراد لا كلّياً كما في الصورة الثانية ولا معيّناً في الواقع كما في الصورة الأُولى بل حصّة غير معيّنة واقعاً ولا ظاهراً وهذا هو الذي يعبّر عنه بالنكرة والفرد المنتشر بين الأفراد الذي لا تعيّن له بحسب الواقع وقد وقع الكلام في صحّة المعاملة حينئذ وبطلانها ، وحكي عن المحقّق الأردبيلي(١) أنّه ذهب إلى البطلان . وربما أورد على صحّتها بالجهالة تارة والإبهام أُخرى والغرر ثالثاً ، ورابعاً بأنّ الملك صفة وجودية تحتاج إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات والفرد المردّد غير متحقّق في الخارج حتّى تقوم به صفة الملك كما هو ظاهر ، هذا .

والأولى أن يتكلّم في إمكان هذه الصورة واستحالتها حتّى لا نحتاج إلى التكلّم في الصحّة والفساد بعد وضوح استحالتها فنقول : الظاهر أنّ هذه الصورة في حدّ نفسها غير معقولة ، لأنّه إن أُريد بالفرد المنتشر الفرد غير المعيّن في الواقع الذي لا خصوصية له ولا تشخّص فيه بوجه فهذا أمر لا يوجد في الخارج بوجه ، لأنّ الفرد الموجود في الخارج لا معنى لعدم تشخّصه وتعيّنه ، لأنّ الوجود عين التشخّص ولا يوجد في الخارج فرد من دون خصوصية ، فالمبيع أمر غير موجود فعلاً كما أنّه لا يوجد إلى أبد الدهر دائماً فالمعاملة باطلة حينئذ بلا إشكال .

وإن أُريد منه الفرد غير المعيّن ابتداءً والمعيّن بعد ذلك واقعاً كما إذا باع صبرة أو عبداً يُعيّنه بعد ذلك ، فإنّ العبد الذي يعيّنه بعد ذلك أمر معيّن في علم الله والواقع وإن كان مجهولاً عنده ابتداء ، فهذا أمر آخر وراء الفرد المنتشر الذي لا تعيّن له في الواقع لما عرفت من أنّه معيّن في علم الله تعالى ومجهول عنده ، فلا يرد عليه شيء من الايرادات المتقدّمة إلّا الجهالة ، فإن كانت الجهالة بهذا المقدار أيضاً موجبة للبطلان فنلتزم ببطلان المعاملة وإلّا فلا .

---

(١) مجمع الفائدة ٨ : ١٨١ ـ ١٨٢ .

وأمّا إيراد الابهام فقد عرفت أنّه غير مبهم في الواقع والغرر منتف لفرض تساوي الأفراد والأجزاء بحسب القيمة ، كما أنّ الفرد متحقّق موجود في الواقع فلا مانع من أن يعرضه الملك أبداً ، فلا إشكال فيه إلّا الجهالة وهي إنّما تضرّ فيما إذا قلنا بأنّ الجهالة عند المشتري توجب البطلان وإن كان معلوماً في الواقع ونفس الأمر وكيف كان فهذه الصورة خارجة عن الفرد المنتشر كما عرفت .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الصورة الأُولى وهي بيع كسر مشاع كمنّ ونحوه ممّا تكون النسبة فيه معيّنة في الواقع وإن لم يعلم بها المتبايعان صحيحة وممّا لا إشكال فيه ، لأنّ البائع إنّما يعلم أنّ المشتري صار شريكاً معه في ماله بمقدار نسبته إلى المال كنسبة المنّ إليه ، وأمّا أنّه أي مقدار من الثلث أو الربع فلا علم له به بوجه وقد عرفت أنّ المعاملة في هذه الصورة صحيحة .

وأمّا الصورة الثانية وهي بيع الكلّي في الخارج فهي أيضاً ممّا لا إشكال في صحّته كما أنّه أمر متعارف بين العقلاء ، وذلك لأنّ كثيراً من المعاملات الواقعة بين المتعاملين إنّما هي من قبيل بيع الكلّي في الخارج ، هذا مضافاً إلى صحيحة بريد عن أبي عبدالله (عليه السلام) « عن رجل اشترى عشرة آلاف طنّ من القصب من أنبار فيه ثلاثون الف طنّ ثمّ بعد ذلك وقع فيه نار فاحترق منه عشرون طنّ وبقي عشرة آلاف طنّ ، فقال (عليه السلام) العشرة آلاف طنّ التي بقيت هي للمشتري »[1] وذلك لأنّها إنّما تنطبق على بيع الكلّي في الخارج دون صورة اشتراء القصب بوجه مشاع كما في الصورة الأُولى وإلّا فلازمه اشتراك المشتري مع البائع في المقدار الباقي لا اختصاص الباقي بالمشتري فقط وهذا ينطبق على اشتراء العشرة بنحو الكلّي في الخارج ، وبما أنّها تنطبق على الباقي فلذا حكم (عليه السلام) باختصاصها به لما مرّ من

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٩ ح١ .

أنّ لازم الاشاعة الاشتراك وهو يقتضي الشراكة في الباقي ، وكيف كان فبيع الكلّي أمر لا غرابة فيه بل هو أمر متعارف وقع في زمان الشارع فلا مانع من أن تشمله العمومات ، هذا مع أنّ وجود ذلك وتحقّقه في زمانه (عليه السلام) غير معتبر في شمول العمومات له .

وأمّا الصورة الثالثة فقد عرفت أنّه إن اُريد من الفرد المردّد والمبهم أنّ المبيع أمر لا تعيين فيه في الخارج ولا في علم الله تعالى بل أمر مبهم من جميع الجهات ولا خصوصية فيه بوجه ، فالمعاملة حينئذ باطلة لأنّ مثل ذلك ممّا لم يوجد إلى الآن ولا سيوجد بعد ذلك بل هو أمر غير ممكن ، إذ الفرد الموجود لا يمكن أن يكون عارياً من جميع الخصوصيات والتشخّصات ، وإن اُريد منه ما هو معيّن في الواقع وغير معيّن عند المتبايعين كما إذا باع أحد عبدين يعيّنه فيما بعد حيث إنّ ما يعيّنه بعد ذلك أمر معيّن في علم الله تعالى فصحّته تبتني على عدم اعتبار العلم بالمبيع وعدم كون الجهالة ولو عند المتبايعين موجبة للبطلان .

ثمّ إنّ الكلام يقع في تصوير الاشاعة وبيع الكلّي في المعيّن ، أمّا الاشاعة فهي على المعروف منهم عبارة عن التملّك للشيء في كلّ جزء خاص من أجزائه بالثلث أو النصف أو غيرهما من النسب ، فكلّ واحد من أجزائه متعلّق للملكية له بالثلث أو بالنصف المعيّن في الواقع المجهول ظاهراً . وقد تفسّر الاشاعة بأنّها عبارة عن التملّك للنسبة الكلّية كالنصف الكلّي مثلاً القابل للانطباق على النصف الأخير للشيء أو نصفه الأوّل ، فإذا اشترى عبداً بنحو الشركة مع البائع في نصفه فهو مالك لنصفه الكلّي الصادق على كلّ واحد من النصفين ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّه لا يمكن الالتزام بشيء من هذين المعنيين في المقام ، وهذا من دون فرق بين أن نقول بوجود الجزء الذي لا يقبل التجزّي في الخارج الذي يعبّر عنه بالجوهر الفرد أو نقول بعدم إمكان ذلك في الخارج ، لأنّ الجزء الخارجي ممّا

يتميّز شماله عن جنوبه وأنّه إذا اتّصل به خيط من طرف فهو يغاير الخيط المتّصل به من طرف آخر ، فلا محيص من أن يكون قابلاً للقسمة وإن لم يكن لنا آلة لنقسمه إلى قسمين فعلاً إلّا أنّه في حدّ نفسه قابل للقسمة والتجزّي .

والوجه في عدم إمكان الالتزام بشيء من المعنيين هو أنّ البيع الواقع على الكلّي في الخارج وإن كان أمراً معقولاً ومتداولاً أيضاً إلّا أنّه في باب الشركة غير ممكن ، وذلك لأنّ الشريكين مالكان للخصوصيات الموجودة في المال فإذا فرضنا أنّ كلاً منهما إنّما ملك نصف المال على نحو الكلّي فمعناه أنّه لم يتملّك الخصوصيات كما هو معنى ملك الكلّي ، فحينئذ تقع الخصوصيات خارجة عن حيّز ملك الشريكين فتكون الخصوصيات ملكاً بلا مالك وهو أمر محال .

كما أنّ المعنى الأوّل أيضاً ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ كون الشريك مالكاً لهذا النصف الشخصي دون النصف الشخصي الآخر ممّا يحتاج إلى مرجّح ، فأيّ شيء دلّ على أنّ هذا الشريك مالك لهذا النصف أو الثلث أو غيرهما دون النصف أو الثلث الآخر ، مثلاً إذا فرضنا أنّهما اشتريا مالاً بالشراكة أو انتقل إليهما مال من مورّثهما فصارا شريكين في المال ، فإن كان كلّ واحد منهما مالكاً لنصف المال على وجه الكلّي فلازمه أن تكون الخصوصيات ملكاً بلا مالك ، وإن كان كلّ واحد منهما مالكاً لنصف مشخّص فهو يحتاج إلى مملّك آخر حتّى يملك هذا النصف المعيّن لذاك دون الآخر ، والمفروض عدم المرجّح في البين وعدم دلالة دليل على أنّه مالك لهذا النصف المشخّص دون النصف الآخر ، فعليه لابدّ في المقام من تفسير الإشاعة بمعنى آخر وهو أن يقال إنّ المال من أوّله إلى آخره ملك لمالكين وهما قائمان مقام المالك الواحد ، فالوارثان كالمورّث مالكان للمال وقائمان مقامه ، فكما أنّه ملك لهذا الشريك كذلك ملك للشريك الآخر غاية الأمر أنّه ملك غير تام فهو مال للمجموع والمجموع كالواحد ، وبالجملة أنّ الملك لمّا كان من الأُمور الاعتبارية كان تصوير

الملك لشخصين ومالكين في غاية الوضوح فهو بأسره ملك لهذا كما هو بأسره ملك لذاك إلّا أنّ المجموع من الشريكين منزل منزلة المالك الواحد ، وبه يندفع إشكال عدم تملّك الخصوصيات أو عدم المرجّح للتعيين .

وممّا يؤيّد ما ذكرناه : أنّ جزء المال تارة لا يكون مالاً عند العرف بحيث لو قسّمناه إلى أجزاء لما كان شيء من تلك الأجزاء مالاً وإنّما يصدق عليه المال فيما إذا اجتمعت دون صورة الافتراق وهذا كأعواد الشخّاط فإن كلّ واحد منها ليس بمال وإن كان مجموعها مالاً ، بل ربما يخرج عن الملك أيضاً كما إذا قسّمناه إلى ألف جزء إذ العقلاء لا يعتبرون الملك فيه لصغره جدّاً ، وحينئذ فكيف يمكن أن يقال إنّه مالك لثلث هذا المال على نحو الكلّي أو على نحو التشخّص مع أنّ ثلثه أو ربعه خارج عن المالية والملكية ، فهل هو اشترى ما ليس بمال أو ملك ما ليس بملك ، وربما يكون المال المشترك من قبيل المنافع والحقوق وهما من البسائط حيث إنّها من الأعراض فكيف تقبل القسمة إلى نصفين أو الثلث ونحوهما وهذا كما إذا كان المورّث مالكاً لمنفعة أو كان له حقّ فانتقلا إلى ورثته ، والمنافع من قبيل الأعراض وهي من البسائط لا تقبل القسمة ، وهذا بخلاف ما ذكرناه من التفسير فإنّهما أي الشريكان يملكان المنافع بأجمعها لا بالقسمة كما عرفت ، وكيف كان فلا يمكن تصوير الاشاعة بشيء من الأمرين المتقدّمين .

وتوضيح ذلك : أنّ تفسيرها بالتملّك للنصف الكلّي أو بالثلث كذلك أو تفسيرها بالتملّك للنصف المعيّن في الواقع وعلم الله وغير المعيّن عند المتعاملين والشريكين الذي عبّرنا عنه بالنصف المشخّص أو الثلث كذلك ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، بل لا نتعقّل لها معنىً غير ما أشرنا إليه آنفاً وذكرنا أنّ الشركة والاشاعة إنّما هي عبارة عن كون الملك الواحد مملوكاً لمالكين أو أكثر غاية الأمر أنّه حينئذ ملك ناقص وغير تامّ .

وتوضيح ذلك : أنّ من اشترى نصف مال أو ربعه أو نحو ذلك فإنّما تنتقل إليه مالكية المال لكن لا بمجموعها بل بنصفها أو ربعها فهما مالكان للمال وكلّ منهما نصف مالك لتمام المال . وبعبارة أوضح : أنّ المالك تارةً ينقل إضافته المالكية للمال بتمامها إلى المشتري بمعنى أنّه يعدم إضافته إلى نفسه ويوجد علقة وإضافة أُخرى للمال إلى المشتري لما ذكرناه في أوائل البيع من أنّه لا معنى لتبديل الاضافة ونقلها إليه لتقوّمها بالمالك الأوّل والمال ، فلا يمكن تبديلها ونقلها إلى الغير فالبيع إعدام إضافة وإيجاد إضافة أُخرى ، فتارةً تكون الاضافة بتمامها منتقلة بالمعنى المتقدّم إلى المشتري وأُخرى ينقل المالك الملكية الناقصة للمشتري ، والملكية وإن كانت من الأُمور الاعتبارية وهي كالأعراض غير قابلة للقسمة إلّا أنّها تقبلها من جهة محلّها نظير البياض ومعروضه حيث إنّه غير قابل للقسمة في نفسه وقابل لها من جهة محلّه ، فإنّ البياض العارض لجزء من القرطاس يغاير البياض العارض للجزء الآخر ، وكذلك الملكية فإنّ موضوعها مجموع الشخصين وهي تنقسم بهذا الاعتبار ولا مانع من أن يعدم المالك الاضافة التي كانت بينه وبين المال ويوجد إضافة أُخرى قائمة بمجموع الشخصين ، وكذلك الحال في الوارثين فإنّهما يشتركان ويتملّكان التركة بهذا النحو المذكور ولعلّه ظاهر لا أنّ أحدهما مالك لكلّي الثلث أو النصف أو للثلث والنصف المعينين في الواقع والمجهولين عند المتبايعين .

ثمّ إنّه لا بأس بالتعرّض إلى بيان معنى القسمة وأنّ التقسيم هل هو بيع أو أنّه إفراز حقّ ، وقد ذهب العامّة(١) إلى الأوّل ، وخالفهم الخاصّة في ذلك وذكروا أنّه عبارة عن إفراز الحقّ ، وهذا أحد الموردين اللذين خالفنا فيهما العامّة بأسرهم

---

(١) المغني ١١ : ٤٩٢ ، المجموع ٢٠ : ١٧٢ .

وثانيهما باب الضمان حيث ذهب العامّة[1] إلى أنّه عبارة عن ضمّ ذمّة إلى ذمّة وذكر أصحابنا أنّه عبارة عن نقل المال من ذمّة إلى ذمّة اُخرى.

فنقول: إن أراد الخاصّة ظاهر ذلك الكلام والتزموا بأنّها عبارة عن إفراز الحقّ بمعنى أنّ الحقّ كان غير معيّن في الواقع ومجهولاً في نفس الأمر فيتعيّن بالقسمة فلا يمكن المساعدة عليه أبداً، لما ذكرناه من أنّ كون الحقّ غير معيّن إنّما ينطبق على بيع الكلّي في المعيّن ولا يأتي في الاشاعة والشركة لما مرّ من عدم صحّة تفسير الاشاعة بالملك الكلّي في النصف ونحوه بل الحقّ معيّن في الواقع لا إبهام فيه حتّى يتعيّن بالقسمة، وقد مرّ أنّ الاشاعة والشركة عبارة عن تملّك جميع المال بالربع أو النصف على الوجه المختار، أو عبارة عن تملّك الحصّة المعيّنة في الواقع وإن كانت مجهولة عندنا، وعند القسمة إذا اُعطي لأحدهما إحدى الدارين المشتركتين بينهما وللآخر اُخرى كيف يكون هذا إفراز حقّ بل يكون من قبيل تبديل الملك غير التام إلى التام لأنّه مالك مستقلّ في الدار المنتقلة إليه بالقسمة أو تبديل للملك في بعض أجزاء إحدى الدارين بالملك في بعض أجزاء الدار الاُخرى وهذا لا يكون إفرازاً للحقّ بل تبديلاً ومعاملة، نعم لا بأس بما ذكروه في مثل الخمس والزكاة بناءً على أنّهما يتعلّقان بالكلّي ويفرزان بتقسيم المالك وتعيينه، وكيف كان فلا يمكن المساعدة لما هو ظاهر هذا العنوان.

وإن أرادوا من ذلك ما هو خلاف ظاهر العنوان كما هو الظاهر بأن يريدوا بذلك ردّ مقالة العامّة وأنّها ليست بيعاً ومعاملة لتجري فيها أحكام البيع من خياري المجلس والحيوان ونحوهما بل هي معاملة اُخرى مستقلّة في حدّ نفسها فهو صحيح ولا مناص عن الالتزام به، وذلك لما ذكرناه في المعاطاة من أنّه لا مانع من تصوير

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٧٠، ٨٣، المجموع ١٤ : ٢٤، المهذّب ٢ : ٣٠٧.

معاوضة لا تكون بيعاً ولا شيئاً آخر من المعاملات المتعارفة ، ولا مانع أيضاً من أن تشملها العمومات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وذلك كما إذا تبادلا بمالين من دون ملاحظة المالية في شيء منهما بأن أعطى كتاباً وأخذ كتاباً آخر من غير ملاحظة المالية بينهما فإنّها حينئذ خارجة عن البيع إذ لا بائع فيه ولا مشتري حينئذ ، ولا يتعيّن أحدهما عن الآخر حتّى في علم الله تعالى ، إذ لا واقع له حتّى يتعيّن فيه ومع ذلك تشمله عمومات أدلّة العقد والتجارة ، وحينئذ نقول : إنّ تبديل الملك الناقص بالملك التامّ أو تبديل الملك في بعض أجزاء أحد المالين بالملك في بعض أجزاء المال الآخر معاوضة مستقلّة في قبال البيع ونحوه ولا مانع من أن تشملها عمومات أدلّة العقد والتجارة وإن كانت خارجة عن البيع ولا تجري فيها أحكام البيع بوجه .

تصوير بيع الكلّي في الخارج

وبعد ذلك يقع الكلام في تصوير بيع الكلّي في الخارج فنقول : ربما يقال إنّ بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع كلّي في الذمّة مشروطاً بأن يكون ذلك من الصبرة المعيّنة في الخارج ، وعليه يتعيّن أن يكون المبيع هو الحنطة في الصبرة المعيّنة وهو ظاهر . ويدفعه : أنّ هذا البيع في الذمّة مشروطاً بأن يكون من صبرة خارجية وإن كان صحيحاً في حدّ نفسه إلّا أنّه خارج عن بيع الكلّي في الخارج ، والوجه في ذلك أنّ البائع عند بيع الحنطة في الذمّة مثلاً مشروطاً بالشرط المذكور يتمكّن من أن يؤدّي المبيع من غير الصبرة المشروطة في البيع لأنّه أيضاً حنطة وليس خارجاً عن المبيع غاية الأمر أنّ للمشتري خيار تخلّف الشرط عند الالتفات إلى الحال ، ولكن البائع يكون قد أدّى ما عليه لصدق المبيع على غير الحنطة الموجودة في الصبرة أيضاً ، وهذا بخلاف بيع الكلّي في الخارج فإنّ البيع وقع على ما في الصبرة من الحنطة بحيث لو أدّاها من غير الصبرة المعيّنة لم يؤدّ ما في ذمّته وللمشتري أن يطالبه بالأداء

لا أنّ الذمّة قد فرغت ولكن المشتري على خيار ، وعليه فلا يمكن أن يكون بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع شيء في الذمّة مشروطاً بأن يكون من صبرة معيّنة خارجاً .

وأُخرى يقال : إنّ بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع كلّي في الذمّة مقيّداً بأن يكون من صبرة معيّنة في الخارج ، وعليه فلابدّ للبائع من أن يؤدّيه من الصبرة المعيّنة لتقيّد المبيع بكونه منها بحيث لو أدّاه من غيرها لم يؤدّ ما في ذمّته ، وبذلك يندفع الإيراد المتوجّه على الوجه الأول كما ذكرناه ، هذا .

ويرد عليه أنّ دائرة الكلّي في الذمّة وإن كانت تتضيّق بما أُخذ فيه من القيود التي توجب انحصار الفرد في الخارج بحيث لا ينطبق إلّا عليه ولا يصدق على الكلّي المتحقّق في غيره ، وبذلك يفترق هذا الوجه عن الوجه السابق حيث إنّ الكلّي كان شاملاً فيه لغير الصبرة المعيّنة لعدم تقييده بشيء ، وهذا بخلاف الوجه الثاني فإنّه مقيّد بالصبرة المعيّنة ومع ذلك لا يخرج عن كونه كلّياً لأنّ الكلّي لا يصير جزئياً بما أُخذ فيه من القيود الموجبة لانحصار مصاديقه في فرد معيّن ، إلّا أنّ لازم ذلك أن لا يلحقه التلف حيث إنّ التلف ممّا يعرض على الموجود الخارجي ولا يتّصف الكلّي بالتلف أبداً ، مثلاً إذا فرضنا تلف الحنطة الموجودة في الصبرة بأجمعها فلا يصحّ أن يقال إنّ المبيع تلف فيما إذا كان البيع واقعاً على الكلّي المقيّد بما ينطبق على الصبرة المعيّنة لأنّ الكلّي لا معنى لتلفه فلا يوجب تلف الصبرة انفساخ المعاملة ، نعم يكون تلفها موجباً لتعذّر وجود ذلك الكلّي في الخارج ، والبيع لا ينفسخ بالتعذّر بل للمشتري أن يرجع إلى البائع بمثله أو قيمته ، لا أنّ المعاملة تنفسخ بتلف الصبرة كما هو ظاهر ، وهذا بخلاف بيع الكلّي في الخارج فإنّ تلف الصبرة حينئذ يوجب تلف المبيع ويلحقه حكمه من الانفساخ ، وكيف كان فلا يمكن أن يقال إنّ بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع الكلّي في الذمّة بالاشتراط أو بالتقييد كما في الوجهين

المتقدّمين .

وثالثة يقال كما عن شيخنا المحقّق (قدّس سرّه)[١] أنّ بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع الكلّي من دون تقييده بالذمّة ولا بالوجود الخارجي بل المبيع هو نفس الكلّي وطبيعي الوجود من دون إضافته إلى الذمّة ولا إلى الوجود الخارجي .

ويرد عليه : مضافاً إلى ما أوردناه على الوجهين المتقدّمين ، أنّ المبيع حينئذ لا خصوصية له بشيء ولا تعيّن له في صقع من الأصقاع وقد ذكرنا سابقاً أنّ مثل ذلك لم يخلق ولا يخلق أبداً ، لأنّ الموجود الخارجي لا يخلو عن شيء من الخصوصيات والتشخّصات ، هذا .

ويرد عليه إيراد ثالث : وهو أنّ بيع الكلّي من دون إضافته إلى شيء من الذمّة أو الخارج لا يقبل البيع عند العقلاء ، إذ لابدّ فيه من أن يضاف إمّا إلى الذمّة أو إلى الخارج ومع قطع النظر عنهما لا يكون عند العقلاء مورداً لشيء من الاعتبارات ، هذا .

والظاهر أنّ بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع الكلّي الخارجي المحدود بحدود معيّنة وتوضيح ذلك : أنّا كما نتصوّر الجامع بين جميع الأفراد الموجودة في الخارج ونعبّر عنه بمفهوم الوجود في مقام التعبير عن ذلك الجامع ونتعقّل حقيقته ونعبّر عنه بحقيقة الوجود وواقعه ، كذلك لنا أن نتصوّر الجامع بين أفراد معيّنة من الوجود دون جميع الأفراد كما إذا تصوّرنا الجامع بين عشرة أفراد وعبّرنا عنه بالحنطة الموجودة في الصبرة المشخّصة لأنّ هذا هو الجامع بين الأفراد والطبيعي المتصوّر في ضمن جميع الأفراد ، غاية الأمر على نحو التضييق لا التوسعة على نحو يشمل جميع الأفراد ، وهذا الجامع بين أفراد الوجود المضيّق بالقيود أمر له تعيّن

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٣ : ٣٣٤ .

بحسب الواقع وهو الحنطة والكلّي الموجود في ضمن كلّ واحد من هذه الأفراد العشرة وقد باعه البائع على سبيل البدلية دون الاستغراق ، وبما أنّ المعاملة وقعت على الكلّي الجامع بين الأفراد لا يكون المشتري مالكاً لشيء من الخصوصيات الفردية بل كلّها مملوكة للمالك والتعيين بيده ، وهذا أمر يعتبره العقلاء فيما بينهم من المعاملات بل قد وقع نظيره في الشرعيات أيضاً كما في صحيحة الأطنان المتقدّمة مضافاً إلى معهوديته في الاجارة ونحوها كما إذا استأجر أحداً للخياطة في مكان خاص بين مبدأ ومنتهى فإنّ معناه أنّ المستأجر قد ملك الخياطة الكلّية من الأجير ولكن لا على سريانها وإطلاقها بل الخياطة الواقعة بين هذا المبدأ والمنتهى على سبيل البدلية ، فله أن يخيطه في هذه النقطة أو النقطة الثانية الموجودة بين المبدأ والمنتهى ، ولا يمكنه المطالبة بالخياطة في نقطة خاصّة منها لأنّ المؤجر إنّما ملّكه كلّي الخياطة لا شيئاً من الخصوصيات ، وبالجملة أنّ البيع لمّا كان أمراً اعتبارياً لم يكن مانع من اعتباره في مثل الجامع بين أفراد مخصوصة كالحنطة الموجودة في صبرة معيّنة . فتحصّل أنّ الكلّي في الخارج عبارة عن الكلّي بنحو صرف الوجود المحدود بحدّ خاص فلا فرق بينه وبين الكلّي في الذمّة إلّا من حيث الاضافة والتحديد كما عرفت .

الكلام فيما لو باع صاعاً من صبرة

لا إشكال ولا خلاف في أنّ بيع الصاع من الصبرة يحمل على الكلّي في الخارج فيما إذا علمنا بأنّ المتبايعين قد قصدا منه البيع على نحو الكلّي في الخارج ، لأنّ العقود تابعة للقصود ولو فرضنا ظهور الكلام في غير الكلّي في الخارج أيضاً ، وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ اشتراط الصراحة أو الظهور في المعاملات إنّما هو في نفس العقود والمعاملات دون المتعلّقات ، وعليه فلا مانع من أن يقصد بيع الكلّي في

الخارج في مثل بيع صاع من صبرة ولو كان ذلك ظاهراً في بيع الكسر المشاع .

كما أنّه لا ينبغي الإشكال في حمله على الكسر المشاع فيما إذا أحرزنا أنّهما قد قصدا الاشاعة منه ولو فرضنا ظهوره في بيع الكلّي في الخارج ، وأمّا إذا علمنا أنّ أحدهما قصد الاشاعة وثانيهما الكلّي في الخارج فلا إشكال في فساد المعاملة حينئذ لعدم تطابق الإيجاب والقبول ، وهذا كلّه ممّا لا إشكال فيه .

وإنّما الكلام فيما إذا شككنا في المراد ولم نحرز أنّهما قصدا الكلّي في الخارج أو بيع الكسر المشاع ، فهل هذا الكلام بنفسه ظاهر في بيع الكلّي أو في بيع الكسر المشاع حتّى يحمل عليه فيما إذا وقع الخلاف والنزاع بين المتبايعين فادّعى أحدهما أنّه باعه على نحو بيع الكلّي في الخارج وثانيهما أنّه باعه بنحو الكسر المشاع ، أو إذا نسيا ما قصداه حين المعاملة مع العلم بأنّهما أنشآ البيع ببيع صاع من صبرة ، أو وقع الخلاف بين وارثيهما بعد موتهما ، وذلك لوجود الثمرة بين الأمرين والبيعين ، إذ لو فرضنا أنّ الصبرة تلف نصفها فعلى الاشاعة يحمل التالف عليهما كما أنّ الموجود لهما على نحو الاشتراك ، وأمّا على بيع الكلّي في الخارج فالتالف محسوب على البائع دون المشتري كما هو واضح .

وكيف كان ، الظاهر أنّ المعاملة صحيحة ومحمولة على بيع الكلّي في الخارج وذلك أمّا أوّلاً : فلأجل صحيحة الأطنان[1] حيث حكم فيها الإمام (عليه السلام) بأنّ الموجود مال المشتري بتمامه مع أنّ المفروض فيها أنّه قد باع عشرة آلاف طنّ من أنبار فيه ثلاثون ألف طن نظير بيع صاع من صبرة فيها كذا مقدار من الصيعان فمنها يستفاد أنّ أمثال تلك البيوع محمولة على بيع الكلّي في الخارج لعدم موافقة

(١) وهي صحيحة بريد المروية في الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٩ ح١ .

الجواب فيها مع فرض الاشاعة بوجه ، وذلك لأنّه (عليه السلام) حكم بكون الباقي للمشتري كما لا يخفى .

وأمّا ثانياً : فلأنّ الأمر يدور بين أن يكون الصاع بعنوانه موضوعاً للبيع والحكم كما في بيع الكلّي ، وبين أن يكون طريقاً ومشيراً إلى كسر مشاع كالثلث والربع ونحوهما على حسب نسبة الصاع إلى الصبرة ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ الظاهر أنّه بعنوانه واستقلاله مأخوذ في الموضوع لا بما أنّه طريق إلى الكسور ، وممّا يؤيّد ذلك ملاحظة ما إذا حكم على عنوان الصاع بحكم من الأحكام الشرعية كالحرمة ونحوها أفلا تحمل الحرمة حينئذ على نفس عنوان الصاع من دون أن تكون محمولة على الكسر المشاع وكذلك الحال في المقام ، هذا .

وربما يقال : إنّ ظاهر الكلام في مثل بعتك صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر لأنّ الصاع منوّن والتنوين للتنكير والنكرة عبارة عن الفرد المنتشر دون الكلّي في الخارج .

وفيه : أنّ حمل التنوين فيه على التنكير ممّا لا دليل عليه ولا وجه لحمله عليه ولعلّه تنوين التمكّن حيث إنّ العرب تنوّن الاسم فيما إذا لم يكن هناك مانع عن تنوينه وتعبّر عنه بتنوين التمكّن ، هذا أوّلاً .

وثانياً : هب أنّ التنوين فيه للتنكير ولكنّك عرفت سابقاً أنّ الفرد المنتشر غير معقول في باب البيع فلا وجه لحمله على النكرة .

وثالثاً : أنّ الصاع لا يلزم أن يكون في جميع الموارد منوّناً فلنفرض الكلام فيما إذا ذكر بنحو الاضافة إلى الصبرة كما إذا قال : بعتك صاع الصبرة المعيّنة بكذا أو بنحو المحلّى باللام كقوله بعتك الصاع من هذه الصبرة وذلك ظاهر .

ثمّ إنّه إذا بنينا على أنّ البيع فيه من قبيل الكلّي في الخارج أو من قبيل بيع الكسر المشاع تترتّب عليه فروع ولا يختصّ ترتّبها على ما إذا بنينا على المختار من

تصوير الكلّي في الخارج بل تترتّب وتتفرّع على الوجه غير المختار أيضاً .

فمنها : أنّ تعيين الخصوصيات بيد البائع فيما إذا حملناه على بيع الكلّي في الخارج ولا حقّ للمشتري في مطالبة شيء من الخصوصيات أبداً لأنّه إنّما ملك الجامع بنحو صرف الوجود في الأفراد المعيّنة دون شيء من الخصوصيات وهذا نظير ما إذا أمر المولى عبده بكلّي وطبيعي مثلاً فإنّه لا يتمكّن من عقاب العبد أو مطالبته بشيء من الخصوصيات والأفراد ولا يمكنه إلزامه بشيء منها إلّا بأمر آخر وكذلك الحال في المقام فليس للمشتري مطالبة خصوصية من الخصوصيات كما هو ظاهر ، وهذا بخلاف ما إذا حملناه على بيع الكسر المشاع لأنّ تعيين الخصوصيات حينئذ ليس بيد البائع ولا المشتري بل لابدّ حينئذ من التراضي بينهما كما هو ظاهر هذا .

وقد حكي عن المحقّق القمّي (قدّس سرّه)[1] في غير مورد من كتاب جامع الشتات أنّ الاختيار في تعيين الخصوصيات في بيع الكلّي بيد المشتري إلّا أنّه لم يعلم له وجه .

ومنها : أنّه إذا تلف من الصبرة شيء كنصفها أو ثلثها ونحوهما فعلى بيع الكلّي لا يحسب التالف على المشتري بل هو محسوب على البائع ولابدّ من إخراج المبيع من المقدار الباقي حينئذ لأنّه إنّما اشترى صاعاً وهو موجود في الصبرة بعد تلف بعضها ولكن الاختيار بيد البائع أيضاً في المقدار الباقي كما عرفت ، نعم إذا تلفت الصبرة بأجمعها ولم يبق منها إلّا صاع واحد يجب على البائع دفعه إلى المشتري لانحصار حقّه فيه ، لا من باب أنّ الخصوصيات أيضاً مملوكة للمشتري ، وهذا بخلاف القول بالكسر المشاع فإنّ التالف يحسب عليهما كما أنّ الموجود لهما لأنّهما

---

(١) جامع الشتات ٢ : ٩٥ المسألة ٧٢ .

حينئذ شريكان في مجموع المال فيشتركان في التالف والباقي لا محالة ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ذكر فرعاً آخر في المقام : وهو أنّه إذا باع صاعاً من صبرة ثمّ باع صاعاً كلّياً آخر من شخص آخر ثمّ تلفت الصبرة ولم يبق منها إلّا صاع واحد فالظاهر أنّ الصاع الباقي للمشتري الأوّل ، لأنّ الصاع الكلّي الذي باعه ثانياً سار في ما عدا الصاع من الصبرة ، والمفروض أنّ ما عدا الصاع تلف قبل قبضه ، واللازم حينئذ الحكم بانفساخ البيع الثاني ، والوجه في ذلك أنّ الصاع الأول خرج من ملك البائع وصار للمشتري ، وعليه فيكون سريان الصاع الثاني الذي باعه ثانياً مختصّاً في مال البائع الذي هو ما عدا الصاع من الصبرة وحيث إنّ ما عدا الصاع من الصبرة تلف قبل قبضه فلا محالة يحكم ببطلان المعاملة الثانية حينئذ ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّا ذكرنا في تصوير بيع الكلّي في المعيّن أنّ المملوك للمشتري والذي وقع عليه البيع إنّما هو صرف الوجود في الأفراد المخصوصة وهو أمر لا تعيّن له بوجه حتّى في علم الله تعالى ، ومن الواضح أنّ تطبيق ذلك على فرد من الأفراد المخصوصة لا يكشف عن أنّ البيع وقع على ذلك الفرد وأنّ المملوك هو ذاك بل المملوك هو الجامع بين الأفراد المخصوصة على نحو صرف الوجود غاية ما هناك أنّ الفرد الخارجي مطابق للمملوك لا أنّه عينه ، وهذا الذي ذكرناه لا يختصّ بالأُمور الاعتبارية بل هو جار في الأوصاف الحقيقية والأُمور الواقعية أيضاً ، فلذا ذكرنا في تصوير العلم الاجمالي أنّ متعلّقه إنّما هو عنوان أحد الاناءين كالعلم بنجاسة أحدهما وهذا ربما لا يكون له تعيّن في صقع من الأصقاع حتّى في علم الله تعالى كما إذا فرضنا كليهما متنجّساً حيث إنّه لا تعيّن للمعلوم بالاجمال في الواقع أيضاً ، فإذا

(١) المكاسب ٤ : ٢٦٠ .

قامت البيّنة بعد ذلك على أنّ أحد الاناءين نجس وبذلك انحلّ علمنا الاجمالي فلا يكون هذا كاشفاً عن أنّ المعلوم بالاجمال كان هو ذلك الفرد الذي حكمنا بنجاسته بالبيّنة ، بأن يقال إنّ هذا الفرد بجميع خصوصياته ومشخّصاته كان متعلّقاً للعلم وكان معلوماً لنا بالاجمال لأنّه خلاف الوجدان بالبداهة ، نعم ذاك الفرد المحكوم بالنجاسة حينئذ مطابق لذلك العنوان الذي تعلّق به العلم الاجمالي .

وكذا الحال في القدرة فإذا فرضنا أحداً يقدر على أكل أحد الرغيفين فقط لا على أكل كليهما وتلف أحدهما بعد ذلك أو اختار أحدهما فهل يمكن الحكم بأنّ ذلك يكشف عن أنّ مقدور الأكل لهذا الرجل هو هذا الفرد دون الآخر مع أنّهما بالاضافة إلى قدرته على حدّ سواء وهو كما كان قادراً على أكل هذا الرغيف كان قادراً على أكل الرغيف الآخر أيضاً ، فلذا لو قايسنا حاله بالاضافة إلى كلّ واحد واحد منهما لقلنا بقدرته على هذا وحده وذاك وحده .

وكيف كان ، فلا يمكننا الحكم بأنّ اختيار هذا الفرد كاشف عن أنّ متعلّق قدرته هو هذا الفرد بل متعلّق القدرة هو عنوان أحدهما وهذا الفرد مطابق لذلك العنوان لا أنّه متعلّق لقدرته ، هذا في الأُمور الحقيقية والأوصاف الواقعية ، وكذلك الحال في الأُمور الاعتبارية كالملكية ونحوها ، فالملكية القائمة في صقع النفس متعلّقها عنوان جامع بين الأفراد المخصوصة وهو ممّا لا تعيّن له في شيء من الأوعية ، فإذا اختار أحد تلك الأفراد خارجاً فهو لا يكشف عن أنّ المملوك هو هذا الفرد وأنّ البيع وقع عليه ، بل المملوك وما وقع عليه المعاملة هو العنوان الجامع بين الأفراد وهذا الفرد الخارجي مطابقه لا أنّه عينه بل هو بنفسه ممّا لا تعيّن له بوجه ، وعليه فإذا باع صاعاً كلّياً بعد المعاملة الأُولى فقد باع صاعاً جامعاً بين هذه الأفراد المخصوصة ، ومتعلّق البيع حينئذ هو متعلّق البيع الأوّل لأنّ المبيع في كلّ واحد من البيعين هو الجامع بين الأفراد المعبّر عنه بالصاع وليس الكلّي كالفرد الخارجي غير

قابل للبيع مرتين أو أكثر ، إذ الكلّي يقبل البيع مرتين أو أكثر نظير بيع الكلّي في الذمّة إذا باع منّاً من الحنطة في ذمّته ثمّ باع منّاً منها من آخر وهكذا فإنّ المبيع في جميع ذلك شيء واحد وهو المنّ الكلّي من الحنطة ، وهذا لا يختصّ بالبيع والأُمور الاعتبارية بل يجري في الأُمور الواقعية أيضاً كما أشرنا إليه ، مثلاً إذا علمنا بأنّ أحد هذه المائعات بول ثمّ علمنا بأنّ أحدها خمر فإنّ متعلّق العلم في كليهما عنوان أحدها ، وكيف كان فمتعلّق البيع الأول والثاني هو الكلّي ولا تميّز لأحد المبيعين عن الآخر .

وعليه فلا يمكننا المساعدة لما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام من أنّ الصاع الباقي يتعيّن للمشتري الأول دون الثاني ، وذلك لأنّ المبيع في كل واحد من البيعين هو الكلّي والأفراد لم يقع عليها البيع حتّى يقال إنّ الفرد الباقي للمشتري الأول ولا تميّز للمبيع في البيع الأول حتّى يختصّ للمشتري الأوّل دون الثاني ، وليس في المقام فرق بينهما إلّا من حيث الزمان ، والتقدّم والتأخّر في الزمان لا يوجب تعيين المشتري الأول كما هو ظاهر ، إذ لو فرضنا أنّه باع صاعين منها معاً مع تلف الصبرة إلّا بمقدار صاع واحد يأتي فيه ما ذكره (قدّس سرّه) حرفاً بحرف ، وما أفاده (قدّس سرّه) مبني على التعيّن في المبيع بالبيع الأول وقد عرفت خلافه .

وبعد ذلك يقع الكلام في أنّ البائع يجب عليه أن يدفع الصاع الباقي للمشتري الأول حتّى يكون ذلك موجباً للتلف في البيع الثاني وانفساخ المعاملة أو أنّه يتخيّر بين دفعه إلى الأول أو الثاني أو أنّه لا هذا ولا ذاك بل لابدّ من تنصيفه وإعطاء نصفه لأحدهما ونصفه الآخر للآخر وبطلان البيع في كليهما في نصفي المبيع .

ربما يقال : إنّ البائع قبل تلف الصبرة كان مخيّراً في أن يدفع الفرد الباقي إلى المشتري الأوّل وأن لا يدفعه إليه وهذا التخيير لم يحدث ما يزيله . ويدفعه : أنّ ذلك إنّما هو قبل التلف من جهة وجود الأفراد والصيعان وكان الاختيار في التعيين بيده

وكان متمكّناً من أن يدفع هذا الفرد الباقي إليه أو أن يدفع إليه فرداً آخر ، وبعد عروض التلف يرتفع هذا التمكّن إذ لم يبق في البين إلّا صاع واحد فلا موضوع للتخيير ، ونسبة البيعين إليه على حدّ سواء فلا موجب لترجيح أحدهما على الآخر فيدور الأمر حينئذ بين الحكم بالانفساخ في كلا البيعين والالتزام به مشكل ، وبين أن يدفع نصفه إلى أحدهما ونصفه الآخر للآخر ، وهذا هو الصحيح والسرّ في ذلك ما ذكرناه مراراً من أنّ البيع الواحد ينحلّ إلى بيوع متعدّدة حسب تعدّد أفراد المبيع وأجزائه ، وهو وإن باع صاعاً واحداً بدينار إلّا أنّه ينحلّ إلى بيع نصف الصاع بنصف دينار ونصفه الآخر بنصف الآخر منه في كلا البيعين ، فيدفع نصفه إلى أحدهما ونصفه الآخر إلى الآخر ويبطل البيع لكلّ واحد منهما في نصف المبيع وحينئذ إذا كان المبيع ممّا يتعلّق فيه الغرض العقلائي بالهيئة الاجتماعية فيثبت للمشتري خيار تبعّض الصفقة ، لأنّ الاجتماع حينئذ كوصف الصحّة من الأُمور المشروطة في البيع بحسب الارتكاز العقلائي ، وأمّا إذا كان ممّا لا يتعلّق فيه الغرض العقلائي بالهيئة الاجتماعية كما في مثل الحبوبات والأدهان فلا يثبت للمشتري الخيار .

وكيف كان ، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وقوّاه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] من اختصاص الصاع للمشتري الأول وبطلان البيع في الثاني ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، والوجه في ذلك ما مرّ آنفاً من أنّ المبيع في البيع الأول غير متميّز لأنّه ليس إلّا صاعاً كلّياً وأمّا الخصوصيات فهي بأجمعها للمالك ، كما أنّ المبيع في البيع الثاني أيضاً لا تميّز له ، والاختيار في التعيين بيد البائع فإذا تلفت الصبرة وبقي منها صاع واحد فلا وجه لتخصيصه بالمشتري الأول لأنّه ترجيح بلا مرجّح

(١) منية الطالب ٢ : ٣٨٨ .

كما لا وجه لتخيّر البائع في دفعه إلى الأول أو الثاني لأنّ تخيّره قبل تلف الأجزاء إنّما هو من جهة إمكان تطبيق مملوك المشتري على كلّ واحد من الأفراد ، وبعد ما فرضنا أنّ الأفراد تلفت ولم يبق منها إلّا فرد واحد فما معنى تخيّره في تطبيق المملوك على الأفراد ، إذ لا منطبق عليه غير ذاك الصاع ، وعليه فيدور الأمر بين الالتزام بانفساخ كلا البيعين كما التزمنا به في غيره من الموارد مثلاً إذا باع مال نفسه في زمان وباعه وكيله من شخص آخر في ذلك الزمان ، أو أنّها عقدت على نفسها من أحد وعقد وكيلها من شخص آخر فإنّ المعاملة والزواج محكومان بالبطلان لعدم الترجيح بلا مرجّح ، وبين الالتزام بالتنصيف وأنّ النصف منهما للمشتري الأول والنصف الآخر للآخر .

والأخير هو الصحيح ، وتوضيحه أنّ الوجه في الالتزام بالبطلان في كل واحد من البيعين في غير المقام إنّما هو وجود المزاحم في كلّ كسر يمكن أن يتصوّر في المال مثلاً إذا عقد على ماله بنفسه من مشترٍ وعقد عليه وكيله من مشترٍ آخر فكلّ واحد من نصف المال أو ثلثه أو ربعه أو خمسه مملوك لشخصين ، لأنّ المفروض أنّهما باعاه بأجمعه لشخصين ففي كل كسر يمكن أن يتصوّر في المال ، فرض كونه من أحدهما معارض ومزاحم بفرض كونه من الآخر ولأجل ذلك التزمنا فيه بالبطلان .

وأمّا في المقام فحيث إنّ المبيع في كلّ واحد من البيعين أمر كلّي ولا ربط له بالخصوصيات والتشخّصات وأنّ بيع شيء ينحلّ إلى بيعين أو أكثر بحسب نصفيه وغيرهما من الأجزاء ، فلا مانع من أن يكون كلّ واحد من النصفين مملوكاً لكلّ واحد من المشتريين ، ولا يكون فرض كون هذا النصف مملوكاً لأحدهما مزاحماً لفرض كونه مملوكاً للآخر وذلك لتمكّن البائع من تطبيق الكلّي في نصف الصاع في كلّ واحد من البيعين ، ولم يتلف من المبيعين إلّا نصفهما وأمّا نصفاهما الآخران فهما باقيان ، ومع عدم التلف في النصفين لا وجه للالتزام بالبطلان فيهما ، نعم لمّا كان

نصفاهما الآخران تالفين بحسب الفرض فنلتزم بالبطلان في نصفي الصاعين المبيعين فالنصف من كل واحد منهما مملوك لهما ولم يحدث في المقام شيء يزيل ملكية المشتري الأول أو الثاني في نصفي الصاعين ، فلا وجه لرفع اليد عن الملكية في النصفين أبداً ، نعم النصفان الآخران خارجان عن ملكهما بالتلف ، وأمّا النصفان الباقيان فبما أنّ البائع يمكنه تطبيق الكلّي عليهما لأنّهما نصفا المبيعين لم يكن وجه لخروجهما عن ملكهما كما هو ظاهر . ثمّ إنّ الاختيار في التعيين في النصفين بيد البائع أيضاً وهو أمر واضح لا سترة عليه ، هذا ما عندنا في هذا المقام .

ثمّ إنّه تعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام : إلى أنّ الكلّي إنّما يبقى على وصف الكلّية ما دام لم يقبضه المشتري وأمّا إذا قبضه فإن أقبضه البائع إليه منفرداً عمّا عداه فهو يختصّ بالمشتري لا محالة ، وأمّا إذا أقبضه البائع مجموع الصبرة فإن كان ذلك من جهة توكيل المشتري في تعيين حقّه وقبضه منها وابقاء الأصواع الأُخر عنده أمانةً ، أو كان من جهة إبقاء الصبرة بأجمعها أمانة عند المشتري ، فهذا القبض كلا قبض ولا يترتّب عليه أثر ، فإذا تلفت الصبرة مثلاً فهو من باب تلف المبيع قبل قبضه .

وأمّا إذا كان إقباض الصبرة بأجمعها للمشتري من جهة إيفاء حقّه في صاع منها وإبقاء الباقي عنده أمانة ، بأن كان دفعها إليه بعنوان إقباض مملوكه وتعيينه له في ضمن المجموع ، فيكفي ذلك في حصول القبض لا محالة ، وعليه فإذا فرضنا أنّ الصبرة تلفت بأجمعها أو تلف نصفها فهو يحسب على كلّ واحد من البائع والمشتري ، وذلك لأنّه بقبضه المملوك في ضمن الصبرة قد اشترك مع البائع في الصبرة على نحو الاشاعة ، وحينئذ فلا يمكن حساب التالف على البائع دون المشتري لأنّه ترجيح بلا مرجّح ، هذا .

ولا يخفى أنّ في المقام أمرين : أحدهما كفاية إقباض الصبرة في قبض المشتري

للمبيع بحيث لو تلف بعد ذلك لما انطبقت عليه قاعدة : كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، لأنّ ذلك يكفي في حصول القبض وهذا ظاهر . وثانيهما : أنّ المبيع الكلّي هل ينقلب من الكلّية إلى التشخّص والجزئية باقباض الكلّي إلى المشتري بأن أقبضه الصبرة بأجمعها فهل يكفي ذلك في تعيين المبيع وتشخّصه أو لا ؟ والظاهر أنّ المبيع لا يتشخّص باقباض الكلّي وجميع الصبرة إلى المشتري ، لأنّ البائع الذي بيده التعيين والتشخيص لم يشخّصه ، ولم يحدث التعيين والتشخّص من شخص آخر فبماذا يصير المبيع الكلّي متشخّصاً ومتعيّناً ، وعليه فإذا تلفت الصبرة بأجمعها فقد تلف الكلّي الذي أقبضه البائع للمشتري ، وبما أنّه تلف بعد القبض فيتلف المبيع على المشتري ، وأمّا إذا تلف نصفها وبقي نصفها الآخر فلا وجه لاشتراك التالف والباقي بينهما بل لمّا كان المبيع كلّياً وقابلاً للصدق على الباقي فله أن يقول إنّ المملوك لم يتلف بعد ويأخذه من المقدار الباقي والتالف محسوب على البائع فقط ، ولا يمكنه دعوى أنّ المبيع تلف بتلف نصف الصبرة ، لأنّ الفرض أنّ المبيع لم يتشخّص بعد وهو باقٍ على كلّيته كما كان وهو ينطبق على الباقي ويصدق عليه ، فلا محالة يتمكّن المشتري من إخراج مملوكه من الباقي .

وأمّا دعوى حصول الشركة بين البائع والمشتري فتندفع بأنّ انقلاب المملوك الكلّي وتبدّله إلى الكسر المشاع يحتاج إلى معاملة جديدة ومراضاة منهما ولا يكفي فيه مجرد إقباض الصبرة إلى المشتري ، اللهمّ إلّا أن يكونا بذلك قاصدين لتبديل الكلّية إلى الاشاعة وهو أمر آخر يحتاج إلى قرينة ، وكيف كان فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام ، هذا .

ثمّ إنّه قد عرفت أنّ الصاع في بيع صاع من صبرة محمول على الكلّي في المعيّن دون الاشاعة ، ولكن يظهر من المشهور خلاف ذلك فيما إذا باع ثمرة أشجار واستثنى منها أرطالاً حيث ذكروا أنّه إذا خاست الثمرة وتلفت من عند نفسها فيسقط من

الأرطال المستثناة بحسابها ، وهذا إنّما ينطبق على الاشاعة دون الكلّي في المعيّن لأنّ لازمه حينئذ عدم حساب التالف على المالك ، وعليه فيقع الإشكال في الفارق بينه وبين بيع الصاع من صبرة ، لأنّ حال الأرطال المستثناة في المثال بعينها حال الصاع في بيع الصاع من صبرة فلماذا التزموا في الاستثناء بالاشاعة وفي البيع بـالكلّي في المعيّن ، وقد ذكروا في وجه الفرق وجوهاً :

منها : أنّ الفارق بين البيع والاستثناء النـصّ وهـو صـحيحة الأطـنان[1] الواردة في خصوص القصب ، ولولاه لما التزمنا بالكلّي في البيع أيضاً ، لأنّ ظاهر لفظ الصاع ونحوه كالرطل هو الاشاعة دون الكلّي .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأُمور :

الأول : أنّ النصّ إن جاز التعدّي من مورده وهو بيع القصب إلى غيره كبيع الحنطة مثلاً فلا مانع من أن نتعدّى منه إلى الاستثناء أيضاً ، وإن لم يجز التعدّي من مورده فلابدّ من الاقتصار على خصوص بيع القصب وحمل الصاع على الكلّي فيه دون بيع سائر الأشياء كبيع صاع من الحنطة والمشهور لا يلتزم بذلك ، هذا .

ويمكن المناقشة في ذلك بأنّ التعدّي من مورده إلى بيع غير القصب إنّما هـو للقطع بعدم الفرق بين بيع طنّ من القصب وبيع صاع من الحنطة مثلاً ، وهذا بخلاف التعدّي منه إلى الاستثناء لعدم القطع بالتسوية .

الثاني : ما أفاده في آخر كلامه من أنّ ظاهر لفظ الصاع مثلاً إذا كان الاشاعة والكسر فلماذا جاز للمشتري التصرّف في الأثمار بما شـاء مـن دون الاسـتجازة والاستئذان من البائع مع أنّهما شريكان في الثمرة حينئذ ولا يجوز التصرف لأحـد

---

(١) وهي صحيحة بريد المروية في الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عـقد البـيع وشروطـه ب١٩ ح١ .

الشريكين في المال المشترك إلّا برضاهما .

الثالث : أنّ اللازم من الاشاعة أن يحسب التالف عليهما مطلقاً سواء كان التلف مستنداً إلى المشتري أم كان مستنداً إلى آفة سماوية غايته أنّ المشتري ضامن لحصّة البائع من التالف في صورة الاستناد فلماذا لم يحسبوا التالف عليهما عند استناد التلف إلى المشتري حيث أوجبوا إخراج تمام الأرطال حينئذ من الباقي وخصّوا ذلك بما إذا كان التلف مستنداً إلى الآفات السماوية وغير الاختيارية ، هذا .

ويرد على الفرق بالنصّ إيراد رابع : وهو أنّ اللازم حينئذ عدم تبعية العقود للقصود ، لأنّ ظاهر لفظ الصاع والطنّ حينئذ هو الكسر المشاع وهو المقصود للمتبايعين عند التلفّظ بلفظ الصاع والطنّ فلا وجه لحمله على الكلّي في البيع بالنصّ لأنّ مرجعه إلى أنّ العقد غير تابع للقصد في هذا المورد بالنصّ وهو كما ترى .

ومنها : أنّ الفارق بين المسألتين هو الإجماع ولولا الإجماع على حمل الأرطال على الاشاعة في الاستثناء لحملناها على الكلّي حتّى في الاستثناء أيضاً .

وفيه : كما ذكره شيخنا الأنصاري أنّ الإجماع لا يمكن الاعتماد عليه في المقام لعدم كشفه عن قول المعصوم (عليه السلام) لاحتمال أنّ استنادهم إلى النصّ أو غيره من الأدلّة ومعه لا يبقى للاعتماد عليه مجال ، هذا مضافاً إلى الايرادين الأخيرين اللذين أوردناهما على الوجه الأول وهما أنّ لازم الفرق بالإجماع والحمل على الاشاعة أن لا يجوز للمشتري التصرف في الأثمار إلّا بإذن شريكه وهو ممّا لم يلتزم به المشهور ، كما أنّ لازم ذلك أن يحسب التالف عليهما والباقي لهما من دون اختصاص ذلك بصورة تلف الثمرة بنفسها ، بل يعمّ ما إذا أتلفها المشتري أيضاً مع أنّهم التزموا في صورة الاتلاف بلزوم إعطاء الأرطال من الباقي وعدم احتساب التالف من البائع .

ومنها: أنّ الوجه في الفرق بين المسألتين لزوم القبض في البيع ، إذ لولاه لا يكون البيع لازماً بل ينفسخ حينئذ (فاللزوم في مقابل الانفساخ لا في مقابل الخيار) وعليه فإذا فرضنا أنّ الصبرة تلفت ولم يبق منها إلّا بمقدار صاع فيجب على البائع بمقتضى لزوم القبض إقباض الصاع الباقي إلى المشتري ، إذ لو لم يقبضه إليه لا يكون البيع ثابتاً بنحو الاستمرار ، لأنّ المبيع لم يصل إليه فلا يمكنه حساب التالف عليه وإلّا لا يصدق عليه الإقباض فتنفسخ المعاملة ، وهذا بخلاف مسألة الاستثناء إذ لا يجب على المشتري إقباض الأرطال للمالك ، فإذا تلفت الأثمار وبقي منها بمقدار الأرطال فلا يتعيّن عليه دفعها للمالك كما في البيع إذ لا يبطل بيع الأثمار بذلك حينئذ دون بيع الصاع من صبرة ، وهذا هو الفارق بين المسألتين بعد اشتراكهما في أنّ الصاع ونظائره ظاهر في الكلّي دون الحصّة المشاعة ، هذا .

ولا يخفى أنّ مسألة لزوم القبض وعدم ثبوت البيع بدونه وإن كانت صحيحة إلّا أنّها أجنبية عن المقام ولا ربط لها بما هو محل الكلام ، إذ الكلام في أنّ الأرطال المستثناة لماذا حملت على الاشاعة في المسألة مع أنّ حالها حال الصاع في البيع وقد حملوه على الكلّي هناك ، وهذا أيّ ربط له بمسألة لزوم القبض وعدم ثبوت البيع بدونه ، هذا .

مضافاً إلى أنّ إيجاب القبض في المقدار الباقي متفرّع على حمل الصاع على الكلّي وكيف يمكن إثبات حمله على الكلّي بلزوم القبض في الباقي ، هذا مع أنّ القبض كما يجب في البيع يجب في الأرطال أيضاً لأنّها حينئذ أمانة عند المشتري وقد أُمرنا بردّ الأمانات إلى أهلها ، فيأتي فيه ما ذكره المستدلّ في القبض في البيع ، وكيف كان فلم نفهم محصّل هذا البيان كما لم يفهمه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أيضاً .

ومنها: أنّ الأثمار لمّا كانت تحت يد البائع وهي ملك للمشتري وقد استثنى منها أرطالاً لنفسه فهي ملك له ، فبما أنّهما في قبضه وتحت يده صار شريكاً مع

المشتري ، وهذا نظير ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فيما إذا كانت الصبرة بأجمعها تحت يد المشتري من أنّه يصير بذلك شريكاً مع البائع وبعد ما حصلت الشركة بينهما فالتالف عليهما لا محالة وإن كان لفظ الصاع ظاهراً في الكلّي أيضاً في كلتا المسألتين ، هذا .

ولا يخفى أنّ حصول الشركة بقبض الجميع غير مسلّم كما عرفت ، ومع الإغماض عن ذلك والبناء على حصول الشركة بقبض المجموع أيضاً لا يمكننا المساعدة عليه في المقام ، لأنّ ذلك إنّما هو فيما إذا أقبضه المشتري فيقال حينئذ إنّ المشتري قد أقبضه مجموع الأثمار التي فرضنا بعضها ملكاً للبائع فيحصل بذلك الشركة بينهما ، وأمّا إذا لم يقبضها المشتري بل كانت في يده من الابتداء فهذا كيف يوجب الاشتراك مع فرض أنّ الرطل كلّي في حدّ نفسه ، هذا مضافاً إلى أنّ ذلك أخصّ من المدّعى فلنفرض الكلام فيما إذا كانت الأثمار بيد المشتري برضا البائع أو بالغصب ، أو فرضناها في يد ثالث وتلفت الأثمار حينئذ فإنّهم يلتزمون بالإشاعة في الأرطال مع أنّ الأثمار ليست تحت يد البائع حتّى يقال إنّ الشركة حصلت بقبضه ولعلّه ظاهر .

ومنها : أنّ مقايسة الأرطال في المقام بالصاع في بيع صاع من الصبرة في غير محلّها ، بل الذي ينبغي أن يقاس إلى الصاع إنّما هو المستثنى منه أعني المبيع الذي هو ما عدى الأرطال ، وذلك لأنّ ما يملكه المشتري في مسألة الاستثناء هو ما عدا الأرطال ، كما أنّ ما يملكه في بيع صاع من الصبرة هو الصاع ، فالمقايسة في المقام لابدّ وأن تكون بين الصاع وما عدى الأرطال ، وعليه فيرتفع الإشكال عن المسألة لأنّ ما عدى الأرطال أمر كلّي في المعيّن وليس أمراً خاصّاً ، والبيع إنّما وقع على هذا العنوان الكلّي وبما أنّ المالك أقبضه إلى المشتري في ضمن المجموع منه ومن الأرطال المستثناة فصار ملك المشتري أعني ما عدى الأرطال أمراً خارجياً ، وبه تحصل

الشركة والاشاعة بين ملكه وملك البائع فإذا تلف منها شيء فيحسب عليهما لا محالة ، هذا .

وفيه أوّلاً : أنّ إقباض الكلّي في ضمن المجموع منه ومن مال البائع لا يوجب انقلاب استحقاق الكلّية إلى استحقاق الاشاعة كما مرّ تفصيله في الردّ على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في مسألة قبض الكلّي .

وثانياً : أنّ المبيع أعني ما عدى الأرطال ليس كلّياً في المعيّن بل هو عبارة عن مجموع الأثمار الخارجية ، فدعوى أنّه كلّي خلاف المتبادر والمتعارف العرفي .

وثالثاً : أنّ ذلك لا يدفع الإشكال ، إذ لنا أن نسأله عن أنّه لماذا جاز للمشتري أن يتصرف في الأثمار بلا استئذان من المالك مع أنّها مال مشترك حينئذ والقاعدة تقتضي عدم جواز تصرّف الشريك في مال الشركة إلّا بإذن شريكه ولماذا لا يحسب التالف عليهما فيما إذا كان إتلاف بعض الأثمار مستنداً إلى المشتري حيث ذكر المشهور أنّ حصّة المالك حينئذ لابدّ من أن تخرج من الباقي مع أنّ الشركة تقتضي الشراكة في التالف والباقي على حسابهما وإن ضمن المتلف قيمة ما أتلفه وكيف كان فهذا الوجه أيضاً لا يدفع الإيراد .

ومنها : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في مقام الفرق بين المسألتين على تقديري الحمل على الكلّي والاشاعة في الأرطال فله في المقام جوابان :

أحدهما : ما ذكره على تقدير الكلّية في الأرطال قبل التلف وملخّصه : أنّ المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي والأرطال غير المعيّنة فيما يسلّم للمشتري من الثمرة لا الأرطال الكلّية في مطلق الثمرة الموجودة حال البيع ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الاستدلال بظاهره غير تامّ بل ينتج خلاف مقصود المستدلّ ، وذلك لأنّا إذا فرضنا أنّ ما سلّم للمشتري من الأثمار هو نصف الاثمار الموجودة حال البيع فالمالك يستحقّ منه تسعة أرطال مثلاً كما كان يستحقّها فيما إذا

سلّم للمشتري جميع الأثمار الموجودة حال البيع ، فلم ينقص من المستثنى شيء وإنّما النقص ورد على المشتري فقط ، وهذا خلاف المقصود لأنّ الفقهاء ذكروا أنّ التالف يحسب عليهما ، ولعلّ في البين سقط شيء من الكلمات ، وكيف كان فهذا لا يدفع الإيراد .

و**ثانيهما** : ما أجاب به على تقدير الاشاعة في الأرطال قبل التلف وملخّصه أنّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي كذلك المستثنى منه أيضاً ظاهر في كونه كلّياً وعليه فكلّ واحد منهما مالك لعنوان كلّي ، والموجود بينهما لا يمكن احتسابه بأجمعه من أحدهما لأنّه ترجيح بلا مرجّح ، فلا محالة يكون بينهما بالنسبة ويشتركان فيه وفي التالف لا محالة ، هذا .

وفيه : أنّه مضافاً إلى أنّ الكلّية في المستثنى لا تستلزم الكلّية في المستثنى منه أبداً وإلّا لزم في المقام أن لا ينتقل إلى المشتري شيء من الخصوصيات ، كما أنّها خارجة عن ملك البائع فتبقى بلا مالك ، وعلى تقدير احتسابها من المشتري يكون نقلاً بلا ناقل ولا سبب ، وكيف كان فلا مانع من أن يكون المستثنى أمراً كلّياً منتزعاً من الخصوصيات الواقعة في المستثنى منه كما إذا قال بع جميع كتبي إلّا واحداً منها فإنّه كلّي مع أنّ المستثنى منه أمر معيّن خارجي لا كلّية فيه بوجه .

يرد عليه : أنّ هذين الوجهين لا يدفعان الإيرادين الأخيرين ، إذ يبقى لنا سؤال الوجه في جواز تصرّف المشتري في الأثمار من دون استئذان من المالك وأنّه لماذا لا يحسب التالف عليهما فيما إذا استند التلف إلى المشتري حيث التزموا بأنّ التالف إنّما يحسب منهما فيما إذا كان التلف غير مستند إلى المشتري ، وكيف كان فلم نر فيما ذكروه من الأجوبة في المقام ما يدفع الايرادات بأجمعها ويجمع بين كون الأرطال على نحو الكسر ، وجواز تصرّف المشتري في الأثمار من دون الاستئذان من المالك ، وعدم احتساب التالف من المالك على تقدير إتلاف المشتري وإخراج

حقّه من الباقي ، وهذه الأُمور الثلاثة هي التي لابدّ من تصحيحها وقد عرفت أنّها بحالها ولم يذكر في المقام وجه صالح للجواب عن الأُمور الثلاثة .

فالذي يمكننا أن نقول ولعلّه المراد من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أيضاً على تقدير إضافة كلمة أو كلمتين على ما أفاده في المقام : هو أنّ الأرطال كسر كلّي على نحو القضية الخارجية دون الحقيقية ، وبذلك ترتفع الإشكالات عن المسألة وتوضيحه : أنّ الكسر كالنصف والثلث والربع ونحوها من الكسور الواقعة في شيء من المعاملات كالبيع والوصية ونحوهما يمكن أن يستعمل على نحوين : أحدهما الكسر المشاع كما هو الظاهر المتبادر منه وهذا مثل ما إذا قال بعتك ثلث هذا المال بكذا أو نصفه أو ربعه وأراد منه الاشاعة فإنّ المشتري حينئذ يصير شريكاً مع المالك في المال ، فما تلف منه يحسب عليهما كما أنّ الموجود لهما ، وثانيهما الكسر الكلّي دون المشاع ولو بواسطة نصب القرينة على إرادة الكلّية منه بناءً على أنّ ظهوره في نفسه في الاشاعة وهذا كما إذا أوصى لزيد بثلث ماله وأراد منه الكلّي دون الاشاعة والاشتراك فإنّ الموصى له حينئذ يملك ثلث المال بنحو الكلّي في المعيّن ، واختيار التعيين بيد الوارث حينئذ فله أن يعيّن له ما شاء ، ولا يكون الموصى له شريكاً مع الورثة في المال حتّى أنّه إذا تلفت التركة ولم يبق منها إلّا مقدار ثلثها فيجب عليهم أن يعطوه إلى الموصى له لأنّه ملكه .

ثمّ إنّ الكسر الكلّي تارة يلاحظ على نحو القضية الحقيقية وأُخرى على نحو القضية الخارجية ، والأول كما إذا أوصى له بثلث ماله أي ما يوجد في الخارج ويصدق عليه أنّه ماله فثلثه للموصى له فالكلّي في ذلك على نحو القضية الحقيقية فإذا فرضنا أنّ نصف مال الموصي قد أخذته الحكومة أو تلف فللموصى له ثلث جميع المال ممّا بقي في أيديهم لا ثلث ما وصل إليهم حتّى أنّ الباقي إذا كان بمقدار ثلث جميع أمواله فهو للموصى له حينئذ ، والثاني كما إذا أوصى له بثلث ماله على نحو

الكلّي والقضية الخارجية بأن أراد من المال الأموال المعيّنة خارجاً فأوصى بثلث تلك الأموال الخارجية لزيد ، ومن ذلك ما إذا أوصى له بثلث ما سلّم للوارث وحينئذ فالثلث وإن كان كلّياً لا محالة إلّا أنّه كلّي في الأموال المعيّنة أو فيما يسلّم للورثة ، وعليه فإذا فرضنا أنّ نصف أموال الموصي تلف أو أخذته الحكومة ولم يسلّم للورثة إلّا نصفها فالموصى له إنّما يستحقّ ثلث هذا الذي سلّم لا ثلث جميع الأموال ، نعم لو سلّم لهم جميع أموال الموصي فالموصى له يستحقّ ثلث جميع ما سلّم ، هذا .

ثمّ إنّه ربما يراد الكسر من الشيء ولكن لا يستعمل فيه شيء من ألفاظ الكسور كالنصف والثلث بل يستعمل فيه لفظ آخر ويجعل ذلك مرآة إلى الكسر ومشيراً إليه كما إذا أوصى أو باع منّاً من الحنطة وأراد به ثلثها لأنّ نسبة المنّ إليها نسبة الواحد إلى الثلاث مثلاً ، وعلى هذا الفرض فالكسر المستعمل في الوصية أو البيع ونحوهما لا يوجب الشركة مع الورثة أو المالك ، ولكن ينقص بنقص المال الذي يسلّم للورثة ويتمكّن الورثة من التصرف في التركة من دون حاجة إلى الاستئذان من الموصى له ، كما أنّهم إذا أتلفوا مقداراً من التركة فلا يحسب على الموصى له بل يتعيّن حقّه في الباقي .

أمّا الدعوى الأُولى فلأنّ المفروض أنّ الكسر كلّي لا على نحو الاشاعة . وأمّا الثانية فلأنّه كسر كلّي فيما يسلّم للوارث لا فيما يصدق عليه أنّه مال الموصي فيختلف باختلاف ما سلّم للوارث ، فإذا أُخذ نصف ماله فهو في الواقع يخرج من الوارث والموصى له . وأمّا الثالثة فلأنّ التركة مالهم وليسوا شركاء مع الموصى له حتّى يحتاجوا إلى إذنه ، وأمّا الرابعة فلأنّهم إذا أتلفوا منها مقداراً فإنّما أتلفوا ملكهم وهو لا يضرّ بملك الموصى له ، فإذا أكل الوارث شيئاً ممّا تركه الميّت من الطعام فلا محالة مال الموصى له يتعيّن في الباقي لأنّ التعيين بيد الوارث فإذا أتلف مقداراً منها فمعناه

أنّه لا يعيّن ذلك للموصى له وإنّما يعيّن ماله فيما بقي منها ، إذا عرفت ذلك في الوصية فندّعي مثله في استثناء الأرطال في المقام .

فنقول : إنّها أُخذت على نحو الاشارة إلى الكسر الواقعي كالعُشر ونحوه والكسر كلّي حسب المتفاهم العرفي في نظائره التي جرت عليها عادتهم ، وهذا الكسر الكلّي أُخذ على نحو القضية الخارجية فيما يسلّم للمشتري حسب السيرة العقلائية المتحقّقة في البيع واستثناء شيء منه ، وعليه فتندفع جميع الإيرادات المتقدّمة .

أمّا أنّ البائع لا يصير شريكاً مع المشتري فلفرض أنّ المبيع كسر كلّي لا مشاع . وأمّا أنّ التالف يحسب عليهما فلأنّ الأثمار إذا سلّمت بتمامها فللبائع منها ستّة أرطال مثلاً ونفرض أنّ نسبتها إليها نسبة العشر فيستحقّ البائع من المشتري عشر الأثمار الواقعة في البستان ، فإذا فرضنا أنّ ما سلّم للمشتري نصف الأثمار لا تمامها فعشر ذلك النصف للبائع فالتالف عليهما لا محالة ، وأمّا أنّه يجوز للمشتري أن يتصرف فيها بلا حاجة إلى إذن البائع فلأنّه ليس شريكاً معه وإنّما يستحقّ أرطالاً كلّية أي كسراً كلّياً على الفرض ، وأمّا أنّه إذا أتلف مقداراً منها فتتعيّن حصّة البائع في المقدار الباقي فلأنّ التعيين بيد المشتري حينئذ وله أن يعيّن العشر من هذا الطرف أو من الطرف الآخر ، فإذا أكل ما في أحد الطرفين أو أتلفها بغير الأكل فمعناه أنّه لا يعيّن ذلك للبائع ولابدّ من أن يعيّنه في المقدار الباقي ، وهذا الذي ذكرناه هو المتفاهم بين الناس من مثل الوصية بالثلث والاستثناء من المبيع بل عليه المدار عند العقلاء فإذا لم يسلّم جميع التركة للورثة أو جميع الأثمار للمشتري فلا يلزمون الورثة أو المشتري بدفع ثلث جميع التركة أو ثلث جميع الثمرة الذي ربما يستغرق ما سلّم للمشتري أو الورثة كما إذا لم يسلّم لهما أزيد من ثلث التركة أو الثمرة ، فاجباره على إعطائه للموصى له أو البائع كما ترى ، فما ذكرناه في الوصية قطعيّ وفي البيع

والاستثناء أيضاً كذلك حسب المتعارف بينهم .

ولعلّ ما ذكرناه في المقام هو المراد من عبارة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث قال : المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع[1] فلو كانت العبارة : الكسر الكلّي فيما يسلّم للمشتري لكان عين ما أشرنا إليه آنفاً . فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ المستثنى إنّما هو كسر غير مشاع لا أنّه هو الأرطال بنفسها بل هي بما أنّها مرآة إلى الكسر الكلّي . ثمّ لا يخفى أنّ الكسر إنّما يضاف إلى مجموع الأثمار فيقال إنّ عُشر الأثمار للمالك ، هذا كلّه فيما ذكرناه آنفاً من تصوير المستثنى في المقام .

ويمكن تصوير المطلب بنحو آخر وهو أن يقال : إنّ المستثنى هو الكسر الكلّي ولكن لا بالاضافة إلى مجموع الثمرة بل بالاضافة إلى كل حصّة حصّة ، فمثلاً إنّ العشر المستثنى لا يضاف إلى مجموع الثمرة بأن يكون المالك مالكاً لعشر مجموعها بل المستثنى هو العشر في كلّ عشرة عشرة بأن يكون البائع مالكاً في كلّ عشرة لواحد منها وهذا وإن كان في النتيجة مشتركاً مع الوجه السابق كما هو ظاهر إلّا أنّ بينهما فرقاً آخر كما سيظهر عن قريب إن شاء الله تعالى ، وبهذا أيضاً يندفع محذور أنّ التالف كيف يحسب عليهما ، والوجه في الإندفاع أنّ الثمرة حينئذ إن كانت عشرين رطلاً مثلاً فللبائع من كلّ عشرة أرطال رطل فإذا تلفت عشرة أرطال فقد تلف من البائع رطل ومن المشتري تسعة أرطال ، ومعنى هذا ورود النقص على كليهما ويبقى للبائع رطل من الأرطال العشرة الموجودة ، هذا .

ولكن الفرق بينه وبين الوجه السابق يظهر في أنّ هذا الوجه الأخير وإن أوجب اندفاع الإشكال في احتساب التلف عليهما إلّا أنّه مورد للإشكال من

(١) المكاسب ٤ : ٢٦٦ .

الجهتين المتقدّمتين : إحداهما أنّ البائع إذا ملك عُشراً في كلّ عشرة فكيف يسوغ للمشتري أن يتصرف في مجموع العشرة مع العلم بأنّ أحدها لغيره ، وثانيتهما : أنّ مقتضى كون المالك مستحقّاً للواحد في كلّ عشرة وفرضنا أنّ بعض العشرات أتلفه المشتري بأكله ونحوه فلماذا يحتسب حقّ المالك في الباقي ، مثلاً إذا أتلف نصفها فلماذا يوجبون إخراج حقّ المالك من الباقي لأنّه يستلزم حينئذ أن يكون مالكاً للاثنين في كلّ عشرة من العشرات الباقية ، إذ الفرض أنّ نصف تلك العشرات تلف من جهة المشتري فيصير حقّه الثابت في التالف محسوباً من العشرات الباقية .

وهذان الإشكالان لا يردان على الوجه الأول ويمكن الجواب عنهما بأنّ ذلك من جهة الاشتراط في العقد بحسب الارتكاز العقلائي حيث إنّهم يرون التولية في تبديل حقّ المالك وتعويضه بشيء آخر بيد المشتري ، فله أن يتصرف في حصّة المالك في هذه العشرة ويعوّض عنها من العشرة الثانية كما ثبت ذلك في الخمس والزكاة بالنصّ(١) حيث ورد أنّ المالك له تبديل الخمس والزكاة بالدرهم أو الدينار ، بل ذهب بعضهم إلى جواز تبديلهما بكلّ شيء أراد المالك ، وعليه فيندفع الإيرادان عن الوجه الثاني ، هذا ما تحصّل لنا في هذه المسألة .

بقي في المقام أمران : أحدهما أنّ الشهيد (قدّس سرّه)(٢) ذكر أنّ أقسام بيع الصبرة خمسة وبحسب تعلّق العلم والجهل يصير المجموع عشرة ، ونفرض الكلام أوّلاً في أقسام العلم بمقدار الصبرة أحدها : أن يبيع الصبرة بأجمعها ، ولا إشكال في صحّة المعاملة حينئذ لأنّ المفروض أنّ مقدار المبيع معلوم فلا إشكال في صحّتها . ثانيها : أن يبيع بعضها أي بعض هذه الصبرة المعلومة المقدار كما إذا باع نصفها أو

---

(١) الوسائل ٩ : ١٦٧ / أبواب زكاة الذهب والفضّة ب ١٤ .

(٢) الروضة البهية ٣ : ٢٦٨ .

ثلثها أو ربعها . وهذه المعاملة أيضاً صحيحة للعلم بمقدار المثمن حسب الفرض وهو بيع كسر مشاع . ثالثها : أنّ يبيع صاعاً منها على نحو بيع الكلّي في المعيّن ، وقد مرّ أنّ بيع الكلّي في المعيّن صحيح ولا إشكال في صحّته بوجه . رابعها : أن يبيع جميع ما في الصبرة من الحنطة على حساب كلّ صاع منها بدرهم . ولا ينبغي الإشكال في صحّة المعاملة للعلم بمقدار الصبرة حسب الفرض فالمبيع معلوم والفرض بيعه بالكيل فكلّ صاع من المبيع كذا مقدار ، وهذا لا إشكال فيه بوجه . وخامسها : أن يبيع كلّ صاع أراد المشتري من الصبرة بدرهم ، فالصبرة وإن كانت معلومة المقدار حسب الفرض إلّا أنّ المبيع ليس هو الصبرة في هذه الصورة بل المبيع هو كلّ صاع أراده المشتري ، فبما أنّ المبيع غير معلوم فقد وقع فيه الإشكال ، فذهب بعضهم إلى بطلان المعاملة برأسها وذهب آخر إلى الصحّة في الصاع الأوّل والبطلان في الأصوع المتأخرة ، وقد تعرّضنا لهذه المسألة في الاجارة في بحث الأُصول[1] عند التعرّض لما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) من أنّ أصالة الصحّة في مواردها لا تثبت اللوازم وذكرنا هناك أنّ معنى آجرتك الدار كلّ شهر بدرهم معناه آجرتك هذا الشهر بدرهم والأشهر الآتية بعدد ما أردته بهذه الأُجرة ، وعليه فالاجارة في الشهر الأول صحيحة للعلم بمقدار المدّة وبالاضافة إلى الأشهر الآتية باطلة ، ونظير ذلك نلتزم في المقام لأنّ معنى بعتك كل صاع بدرهم بعتك هذا الصاع بدرهم والباقي على حساب ذلك ، فالمعاملة في الصاع الأول صحيحة وفي الأصوع المتأخرة باطلة ، هذه هي الأقسام الخمسة في صورة العلم بمقدار الصبرة وهي بعينها تجري في صورة الجهل بمقدارها .

أمّا الصورة الأُولى أعني بيع جميع الصبرة مع الجهل بمقدارها فلا إشكال في

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ٤٠٣ .

بطلانها للجهل بمقدار الصبرة ، فالمبيع مجهول وغير معلوم المقدار ويكون البيع غررياً وجزافاً . ثانيتها : بيع بعض منها كنصفها أو ثلثها وهي أيضاً باطلة للجهل بمقدار الصبرة الموجب للجهل بنصفها أو ثلثها وأنّه أيّ مقدار . وثالثتها : بيع صاع من الصبرة المجهولة المقدار على نحو بيع الكلّي في المعيّن ، وهذا لا إشكال في صحّته للعلم بمقدار المبيع وهو الصاع وإن لم يعلم أنّ نسبة الصاع إلى مجموع الصبرة هي النصف أو الثلث أو غيرهما إلّا أنّ ذلك لا يضرّ بصحّة المعاملة إذ لا يشترط فيها العلم بمقدار نسبة المبيع إلى المجموع وأنّه صار شريكاً مع البائع في أيّ مقدار ، نعم هناك كلام في أنّه يشترط في صحّة البيع العلم باشتمال الصبرة على المقدار المبيع أو لا يشترط ذلك بل مع الجهل باشتمالها عليه أيضاً تصحّ المعاملة وسيأتي الكلام في ذلك[١] عن قريب . ورابعتها : أن يبيع كل صاع من الصبرة المجهولة بكذا بأن يكون المبيع كل صاع يريده المشتري ، فقد وقع الإشكال في صحّة هذه المعاملة وفسادها إلّا أنّ الظاهر صحّة المعاملة في هذه الصورة أيضاً بالاضافة إلى الصاع الأول دون الأصوع الأُخرى لعدم شيء من الموانع في البين ، أمّا الغرر فلأنّه لا غرر حينئذ في المعاملة لأنّ المفروض أنّ كلّ صاع إنّما يقع في مقابل درهم فلا يذهب ماله هدراً نعم لا يعلم بعدد الأصوع وأنّ ما ينتقل إليه أيّ مقدار ولكنّه يعلمه بعد التقدير والكيل ، وهذا المقدار من الجهالة لا يمنع عن صحّة البيع لعدم استلزامه الغرر ، وأمّا الكيل والوزن فالمفروض أنّ الصاع الأول معلوم الكيل وإنّما الجهالة في الأصوع الأُخرى للجهل بمقدار ما يريده المشتري .

وخامستها : بيع الصبرة المجهولة على أنّ كل صاع منها بدرهم ، بأن يكون المبيع هو نفس الصبرة بأجمعها لا كلّ صاع منها كما مرّ في سابقتها ، فالظاهر صحّة

---

(١) في الصفحة الآتية .

المعاملة لعدم لزوم الغرر ، فإنّ كلاً منهما يعلم أنّ كلّ صاع هو في مقابل درهم غاية الأمر أنّهما لا يعلمان بعدد الدراهم والأصوع وهذا ليس خطرياً . وأمّا اشتراط معرفة المقدار بحسب الكيل والوزن والعدد فالروايات الدالّة عليه إنّما تدلّ على بطلان بيع الجزاف ، فالمناط هو صدق هذا العنوان ومن الواضح أنّ بيع الصبرة المجهولة على أنّ كل صاع منها بدرهم ليس جزافاً للعلم بمقدار ما يحصل عليه المشتري في مقابل كل درهم وما يحصل عليه البائع في مقابل كل صاع . فالمتحصّل من ذلك أنّ بعض صور العلم والجهل مشترك في الصحّة والفساد وبعضها الآخر مفترقان .

ومن صور الافتراق ما إذا باع الصبرة بأجمعها لأنّه صحيح عند العلم بالصبرة وباطل عند الجهل بها . ومنها : ما إذا باع كسراً مشاعاً منها كما إذا باع نصفها أو ثلثها وهكذا فإنّه صحيح أيضاً عند العلم بمقدار الصبرة وباطل في صورة الجهل بمقدارها .

ومن صور الاشتراك ما إذا باع الصبرة بأجمعها على أنّ كل صاع منها بدرهم فإنّه صحيح على تقديري العلم والجهل . ومنها : ما إذا باع كل صاع منها بدرهم فإنّ البيع في الصاع الأول منها صحيح على كلا تقديري العلم والجهل وفي غيره من الأصوع باطل على كلا التقديرين أيضاً . ومنها أيضاً : ما إذا باع صاعاً منها بكذا فإنّه بيع كلّي في المعيّن وصحيح على كلا التقديرين ، نعم هناك كلام في أنّا إذا جهلنا باشتمال الصبرة على الصاع فهل يحكم بصحّة المعاملة أو يحكم ببطلانها ؟ فربما يقال بالبطلان حينئذ للجهل بوجود المبيع والجهل بوجوده من أوضح أنواع الغرر ، وقد مال إليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) بدعوى أنّ المعاملة غررية .

---

(١) منية الطالب ٢ : ٣٩٥ .

والظاهر أنّ المعاملة صحيحة أمّا أوّلاً : فلأنّ الغرر إنّما يتوجّه فيما إذا باع الصاع على كلّ تقدير وأمّا إذا باعه على تقدير وجوده فلا يتحقّق فيه غرر بوجه والتعليق على وجود الموضوع لا يوجب البطلان .

وأمّا ثانياً : فلأنّ البيع كما ذكرناه سابقاً ينحلّ إلى بيعين أو أكثر حسب تعدّد المبيع ، وعليه فإذا باع صاعاً مثلاً بدرهم فقد باع كل نصف منه بنصف درهم فإذا فرضنا أنّ الموجود في الصبرة نصف الصاع لا تمامه فالبيع في الموجود صحيح وفي النصف غير الموجود باطل ، فهو لا يوجب البطلان في النصف الموجود أيضاً لأنّه من قبيل ضمّ بيع باطل إلى صحيح وهو لا يوجب البطلان ، وأمّا أنّ المشتري يتخيّر حينئذ أو لا يتخيّر فسيأتي الكلام فيه في بحث الخيار تفصيلاً وأشرنا إليه سابقاً وذكرنا أنّ الخيار المعاملي (دون التعبّدي كخيار المجلس ونحوه) إنّما يثبت بأمرين :

الأول : الاشتراط من المتعاملين فإنّه يوجب الخيار عند التخلّف لا محالة والثاني اشتراطه ببناء العقلاء وإن لم يشترطه المتعاملان ، والأول غير متحقّق في المقام فلابدّ من ملاحظة أنّ الاجتماع في نصفي المبيع هل يتعلّق به غرض العقلاء وأنّ العقلاء يعتبرونه في المعاملات كما في مصراعي الباب أو النعال أو جلدي كتاب واحد وهكذا فيثبت له الخيار لا محالة ببناء العقلاء ، أو أنّ الاجتماع ليس متعلّقاً للغرض العقلائي كما في الأرز والحنطة وغيرهما من الحبوب فإنّ العقلاء لا يتعلّق غرضهم باجتماع نصفي الأوقية في الأرز مثلاً بل لا يفرّق بين اجتماعهما وافتراقهما فلا يثبت له الخيار ، نعم ربما يكون الاجتماع في مثل الأرز أيضاً متعلّقاً للغرض الشخصي كما إذا كان نصفه الآخر من أُرز آخر لأوجب الفساد في الطبخ ، إلّا أنّ الأغراض الشخصية لابدّ من أن تشترط في ضمن العقد لا محالة .

الأمر الثاني : إذا شاهد عيناً في زمان سابق ثمّ عقد عليها بتلك الرؤية المتقدّمة فهل المعاملة صحيحة أو فاسدة ؟ والكلام في ذلك يقع في مقامين : أحدهما في حكم نفس البيع بلحاظ الرؤية السابقة من الصحّة والفساد . وثانيهما : في حكمه بلحاظ اشتراط وجود الأوصاف وأنّ حكمه عند التخلّف ماذا .

أمّا المقام الأول : أعني ما إذا باع شيئاً بملاحظة الرؤية السابقة من دون أن يشترط فيه وجود الأوصاف المرئية سابقاً بل بما هو هو كما إذا تبرّأ البائع عن الأوصاف ، وإنّما باع الموجود الذي رآه سابقاً وإلّا فبملاحظة اشتراط الأوصاف فلا ينبغي الإشكال في صحّته ولو لم يره أصلاً بوجه ، فنقول : إنّ العادة تارة تقتضي عدم تغيّر العين عمّا شاهدها عليه من الأوصاف كما إذا شاهد جارية قبل شهر أو شهرين أو شاهد داراً قبل أشهر فإنّ العادة تقتضي في أمثال ذلك عدم تغيّر الجارية من قوّة باصرتها أو صحّة مزاجها وجمالها في مدّة شهر واحد ، وكذلك الحال في الدار ولعلّه ظاهر . واُخرى تقتضي تغيّرها وعدم بقائها على تلك الأوصاف كما إذا شاهد الجارية قبل أربعين سنة أو الدار قبل ثلاثين سنة فإنّ العادة تقتضي ذهاب جمال الجارية وضعف قوّة باصرتها للخياطة ونحوها كما أنّها تقتضي خراب الدار واضمحلال أوضاعها في المدّة المزبورة .

فإن كانت المشاهدة قبل مدّة تقتضي العادة عدم بقاء العين على أوصافها السابقة فلا ينبغي الإشكال في فساد المعاملة لجهالة المبيع وعدم مشاهدته حسب الفرض حين المعاملة ، وأمّا إذا كان قبل مدّة تقتضي العادة بعدم تغيّر العين وزوالها عمّا شاهدها عليه من الأوصاف فلا محالة يحكم بالصحّة للاطمئنان حينئذ بالبقاء وإذا فرضنا أنّ العادة لا تقتضي البقاء ولا تقتضي الزوال في مورد كما إذا شاهد الجارية قبل عشر سنين فإنّ العادة في مثل ذلك غير مقتضية للبقاء أو الزوال فهل يمكن إحراز بقاء الأوصاف في مثله بالاستصحاب ويحكم بصحّة المعاملة بذلك

أو لا .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ الاستصحاب من الطرق العقلائية للإحراز وهو نظير إخبار البائع بالكيل والوزن فلا مانع من استصحاب بقائها على حالها والحكم بصحّة المعاملة الواقعة عليها ، هذا .

وقد استشكل في ذلك شيخنا الأُستاذ[٢] بأنّ الأثر في المقام أعني الحكم بصحّة المعاملة غير مترتّب على وجود تلك الأوصاف واقعاً وبقاء العين بحالها في نفس الأمر ، بل إنّما يترتّب على إحرازها والعلم بها وإن لم تكن موجودة في الواقع وذلك لأنّ الغرر إنّما ينتفي بالإحراز والعلم ببقاء العين على أوصافها السابقة لا بوجود تلك الأوصاف في الواقع وإن لم تحرز في المعاملة ، والاستصحاب إنّما يجري فيما إذا كان الأثر مترتّباً على الواقع فإنّه يوجب الحكم بترتّبه في مقام الشكّ أيضاً دون ما إذا كان الأثر مترتّباً على نفس الإحراز والعلم .

وهذا الذي أفاده (قدّس سرّه) ينافي مسلكه حيث إنّه (قدّس سرّه)[٣] بنى على أنّ الأُصول تقوم مقام القطع الموضوعي الطريقي فلا وجه لمنعه عن صحّة المعاملة في المقام بالاستصحاب ، نعم بناءً على ما ذهب إليه صاحب الكفاية (قدّس سرّه)[٤] من عدم قيام الأُصول والأمارات مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقية لا مانع من منع جريان الاستصحاب في المقام ، هذا .

ويمكن أن يقال إنّ الاستصحاب إنّما يجري في المقام فيما إذا كان الأثر مترتّباً

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٦ .

(٣) أجود التقريرات ٣ : ١٩ .

(٤) كفاية الأُصول : ٢٦٣ .

على نفس الواقع أو على العلم به وإحرازه بناءً على أنّ الاستصحاب يقوم مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقية ، إلّا أنّ الأثر أعني صحّة المعاملة ليست مترتّبة على شيء من الواقع والعلم به بل إنّما يترتّب على عدم الغرر وانتفائه كما هو مقتضى قوله (صلّى الله عليه وآله) « نهى النبي عن بيع الغرر »(١) فالموضوع للصحّة هو عدم الغرر أي عدم احتمال الضرر ، وأمّا العلم فلم يترتّب الصحّة عليه في شيء من الروايات وغيرها ، نعم عدم احتمال الضرر وانتفاء الغرر ملازم عقلاً للعلم بوجود الأوصاف ، فعليه فاستصحاب بقاء الأوصاف على القول بقيامه مقام العلم لا يثبت انتفاء الغرر وعدم احتمال الخطر حتّى يترتّب عليه الصحّة إلّا بناء على القول بالأُصول المثبتة ، لأنّ عدم احتمال الخطر الذي هو الموضوع للحكم بالصحّة ملازم للعلم بوجود الأوصاف عقلاً ، وهذا هو الوجه في عدم جريان الاستصحاب في المقام .

وأمّا المقام الثاني : إذا اشترى العين المرئية سابقاً من جهة اقتضاء العادة ببقائها على ما كانت عليه وظهر المبيع كما كان فلا إشكال في صحّة البيع ، وأمّا إذا ظهر التخلّف وعدم اشتمالها على الأوصاف السابقة فهل يحكم ببطلان المعاملة أو بصحّتها ؟ فيه وجوه ، الأول : الحكم بالبطلان كما نسب إلى العلّامة (قدّس سرّه)(٢) والثاني : الحكم بالصحّة من دون خيار . والثالث : الحكم بالصحّة مع الخيار ، وهو المعروف .

أمّا الوجه الأول فالوجه فيه أمران : **أحدهما** دعوى أنّ الأوصاف يتقسّط عليها الثمن فإذا تخلّفت فالمبيع غير متحقّق في الخارج لأنّ الثمن إنّما بذل على الذات

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) نهاية الأحكام ٢ : ٥٠١ .

وأوصافها والمفروض أنّ الأوصاف متخلّفة ، وهذا أنسب بما حكي عن العلّامة (قدّس سرّه) من الاستدلال على البطلان بأنّ ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع .

ويدفعه : ما ذكرناه غير مرّة من أنّ الأوصاف لا يتقسّط عليها الثمن وإنّما يبذل المال في مقابل الذوات ، نعم الصفات دخيلة في زيادة قيمة الموصوف أو المشروط لا أنّها ممّا يقع الثمن بازائها ، والمفروض أنّ المبيع موجود فلا وجه للبطلان حينئذ .

وثانيهما : دعوى أنّ البيع إنّما وقع على الموصوف أو المشروط وانتفاء الشرط والوصف يوجب انتفاء الموصوف والمشروط لا محالة فالمبيع غير موجود .

وفيه : من المغالطة ما لا يخفى ، وذلك لأنّ انتفاء الشرط أو الوصف إنّما يوجب انتفاء المشروط فيما إذا كان من أجزاء العلّة كما إذا وقع العقد على المشروط مقيّداً ومعلّقاً على وجود الشرط والوصف بحيث لو لم يكن المشروط متّصفاً به لم يلتزم بالبيع ، فنفس البيع دون المبيع معلّق على الشرط والوصف فانتفاؤه حينئذ وإن كان يوجب انتفاء المشروط أيضاً إلّا أنّ البيع في مثله باطل ولو مع وجود الأوصاف أيضاً فضلاً عمّا إذا تخلّف عن المشروط ، وذلك لأنّه من التعليق المبطل للمعاملة وأمّا إذا لم يكن الشرط والوصف من أجزاء العلّة بل إنّما وقع البيع على شيء واشترط فيه أمر خارج عن المبيع فتخلّفه لا يوجب انتفاء المشروط لأنّه حينئذ من قبيل الالتزام في التزام فتخلّفها يوجب الخيار فقط كما سيأتي تفصيل ذلك في بحث الشروط إن شاء الله تعالى .

وأمّا الوجه الثاني ، أعني الحكم بالصحّة من دون خيار فالوجه فيه أنّ البيع والمعاملة صحيحة لما عرفت من أنّ الثمن لا يتقسّط على الأوصاف ، وأمّا وجه عدم الخيار فهو أنّ الوصف والشرط لم يذكر في ضمن العقد حتّى يوجب تخلّفه الخيار بل إنّما تبانيا عليه خارجاً وتخلّفه حينئذ لا يوجب الخيار .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بأنّ الشروط والأوصاف التي لا تصحّ المعاملة إلّا إذا وقعت مبنيّة عليها لا يحتاج إلى ذكرها في ضمن العقد بل دخولها فيه أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية .

وقد أوضحه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] بأنّ الأوصاف والشروط على أقسام أربعة : الأوّل الشرط أو الوصف المذكور في العقد ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ تخلّفه يوجب الخيار . الثاني : الشرط أو الوصف الذي بنى العقلاء على اشتراطه في المعاملات ولأجل هذا البناء تدلّ المعاملة على الاشتراط بـه بـالدلالة الالتزامـية وتخلّف ذلك أيضاً يوجب الخيار ، وهذا كاشتراط تسليم المبيع في بلد المـعاملة أو اشتراط كونه بالقيمة السوقية فإنّهما وإن لم يذكرا في المعاملات ، إلّا أنّ العقلاء بنوا على اشتراطها بهما فلو أراد تسليم المبيع في بلد آخر يكثر فيه المبيع فلا أظنّ فقيهاً التزم بلزوم هذه المعاملة بل هو من قبيل تخلّف الشرط يوجب الخيار ، وهكذا الأمر فيما إذا ظهرت قيمته أكثر من القيمة السوقية فإنّ المشتري على الخيار وإن لم يشترط ذلك في ضمن المعاملة . الثالث : الشرط أو الوصف الذي لم يبن العقلاء على اشتراط المعاملة به ولم يذكر في العقد أيضاً بل كان شرطاً شخصياً إلّا أنّ صحّة المعاملة في المورد كانت متوقّفة عليه ، وهذا نظير المقام فإنّ وصف الكتابة ليس ممّا بنى العقلاء على اشتراط المعاملة بوجوده ولم يذكر في العقد أيضاً إلّا أنّ صحّة بيع العين الغائبة تتوقّف على وجوده دفعاً للغرر وهو شرط شخصي ويوجب تخلّفه الخيار أيـضاً . الرابع : الشرط أو الوصف الخارجي غير المذكور في العقد ولا بـنى العـقلاء عـلى اشتراط المعاملة به ولم يكن ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد أيضاً كوصف الكتابة في بيع

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٧ .

العبد الحاضر ، فتخلّف مثله لا يوجب الخيار ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في توضيح كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

وللمناقشة فيما أفاده كبرىً وصغرىً مجال واسع ، أمّا بحسب الصغرى فلأنّ صحّة العقد في بيع العين المرئية لا يتوقّف على وجود الأوصاف وبناء العقد عليها دائماً ، وذلك لبداهة أنّ المشتري إذا كان مطمئناً بوجود الأوصاف السابقة من جهة اقتضاء العادة بقاءها أو من جهة إخبار البائع بوجودها فيما إذا كان البائع ممّن يوثق به وتبرّأ البائع من الأوصاف وقال إنّما أبيع الموجود المشاهد سابقاً بأيّ نحو كان وأسقط الخيار ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ المعاملة صحيحة حينئذ وإن تخلّف عنها الأوصاف أيضاً ، وذلك للإطمئنان بوجودها حين البيع وعدم كون البيع حينئذ غررياً ، نعم لو لم يكن مطمئناً بوجود الأوصاف كما إذا لم تكن العادة مقتضية لبقائها أو لم يخبر البائع بوجودها أو أخبر ولكن لم يكن موثوقاً به فحينئذ لابدّ في صحّة المعاملة من إيقاعها مبتنية على وجودها ، وتتوقّف صحّتها على بناء العقد على وجود الأوصاف لا محالة ، ولكنّ المورد لا ينحصر بذلك وقد عرفت أنّ في بعض الموارد والمصاديق لا تتوقّف صحّة العقد على البناء على وجودها ولعلّ ذلك ظاهر.

وأمّا بحسب الكبرى : فلأنّ الوجه في صحّة العقد عند البناء على الأوصاف السابقة إنّما هو صيرورة المشتري بذلك ذا خيار عند ظهور تخلّف الأوصاف وهذا الخيار ينفي احتمال الخطر ويدفع الغرر ولذا يوجب صحّة المعاملة حينئذ ، فتصير النتيجة أنّ اشتراط تلك الأوصاف في البيع ينفي الغرر ، وعليه فنسأل الفارق بين الأوصاف والشروط التي اشتراطها ينفي الغرر ويستلزم صحّة العقد ، وبين الأوصاف والشروط التي لا ربط لها بنفي الغرر ولا يلزم من عدمها الغرر أيضاً وأنّه لماذا يستلزم تخلّف القسم الأول الخيار ولو لم يذكر في العقد بخلاف التخلّف في القسم الثاني المعبّر عنه بالأوصاف الخارجية فإنّ التخلّف فيها لا يستلزم الخيار إلّا

فيما إذا ذكرت في ضمن العقد والمعاملة ، ولم يظهر ممّا أفاده (قدّس سرّه) وجه الفرق بينهما .

فالمتحصّل : أنّه لا دليل على الفرق بين القسمين ولا وجه له أيضاً ، بل لابدّ إمّا من أن نلتزم بالخيار عند التخلّف في كلا القسمين ولو لم يذكرا في العقد ، وإمّا أن نلتزم بعدم الخيار عند تخلّفهما فيما إذا لم يذكرا في ضمن المعاملة ، وبناءً على عدم الخيار في القسم الأول إمّا أن نلتزم بفساد المعاملة للغرر وإمّا أن نلتزم بصحّتها من جهة وجود المبيع وعدم تقييده بالأوصاف ، فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام مورد للمناقشة كبرىً وصغرىً .

والتحقيق أن يقال : إنّ ما اشتهر من أنّ الشرط إذا لم يذكر في ضمن العقد فلا يوجب تخلّفه الخيار كلام عارٍ عن الدليل ولم ترد بذلك رواية ولا آية فلا يمكن الالتزام به بوجه ، نعم نلتزم بأنّ العهود القلبية والبناء القلبي ممّا لا اعتبار به في باب المعاملات بل لابدّ من إبرازها في الخارج بمبرز لا محالة ، بل لا يصحّ إطلاق الشرط على البناء القلبي أيضاً كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط لأنّ الشرط كما حكاه شيخنا الأنصاري[١] عن القاموس عبارة عن الرابط بين شيئين ومنه الشريط المعروف لأنّه يربط أحد الشيئين بالآخر ، والأمر القلبي ما لم يبرز في الخارج ولم يتحقّق في عالم الوجود الخارجي لا معنى لكونه ربطاً بين الشيئين ، إذ لا وجود له في الخارج حتّى يوجب الارتباط ، إلّا أنّ الابراز لا وجه لتقييده بما يكون مذكوراً في ضمن العقد والمعاملة بل يكفي في الإبراز القرائن الحالية والمقالية ومنها الارتكاز العقلائي كما ذكرناه في مثل تسليم المال في بلد العقد والغبن والعيب فإنّها توجب الخيار وإن لم تذكر في ضمن المعاملة والعقد .

---

(١) لاحظ المكاسب ٦ : ١١ .

وعليه فنقول : إنّ اشتراء العين المشاهدة سابقاً قرينة على أنّ العقد إنّما يبتني على وجود تلك العين على ما كانت عليه حين المشاهدة ، وكذا تحاورهما وتبانيهما قبل العقد على وصف أو شرط كافٍ في الابراز وإيجاد المعاملة عليه ، فيكون تخلّفه موجباً لثبوت الخيار من دون فرق بين الأوصاف الموجبة للغرر بعدم اشتراطها وبين غيرها كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في أصل المسألة .

فرعان : الأول أنّ البائع والمشتري إذا اختلفا فادّعى أحدهما أنّ العين المشاهدة أو الموصوفة إنّما هي العين المهزولة وأنّ المشاهدة وقعت على العين على ما هي عليه من الأوصاف فعلاً وادّعى الآخر أنّ المشاهدة إنّما وقعت على العين وهي سمينة وقد تغيّرت أوصافها عمّا كانت عليه ولم تقع المشاهدة عليها في حالة الهزال فالمنسوب إلى المشهور أنّ المشتري هو المنكر في المقام والقول قوله والمدّعي وهو البائع عليه أن يثبت أنّ المشاهدة وقعت على المهزول ، وعليه فيقع الكلام فعلاً في وجه تقديم قول المشتري على البائع وأنّه لماذا يكون البائع مدّعياً والمشتري منكراً في المقام وقد ذكروا في وجه ذلك وجوهاً لا يمكن المساعدة على شيء منها :

الأوّل : أنّ المشتري يده على الثمن وأصالة الصحّة في اليد مع المشتري والبائع يريد انتزاعه منه فعليه إثبات أنّ الثمن ملكه فيكون المدّعي هو البائع هذا .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ اليد لا فائدة مترتّبة عليها في المقام ، لأنّ المشتري يعترف بأنّ الثمن ملك البائع لإقراره بصحّة البيع غاية ما هناك أنّه يدّعي ثبوت الخيار لنفسه من جهة دعوى تغيّر العين عمّا كانت عليه حين المشاهدة ، ومع الإقرار والاعتراف بأنّ الثمن ملك للبائع فلا يبقى لليد أثر على تقدير صحّتها لأنّها عليه يد أمانة كما هو ظاهر ، نعم يمكن أن يقال إنّ المشتري لا

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٥ .

يجب عليه دفع الثمن إلى البائع لأنّه يدّعي الخيار، وقد ذكر العلّامة (قدّس سرّه)[١] أنّ تسليم الثمن والمثمن في مدّة الخيار غير واجب على المتعاملين ولم ينسب خلاف ذلك إلى أحد إلّا بعض الشافعية والسرّ في ذلك أن المشتري بدعواه الخيار يدّعي سلطنته على عدم تسليم الثمن إلى البائع لتزلزل العقد بالخيار وتسلّطه على حلّه ورفع جميع آثاره ومنها وجوب تسليم الثمن إلى البائع.

وذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الخيار يمنع عن وجوب دفع الثمن إلى البائع إنّما يتمّ في الخيارات الزمانية كخياري المجلس والحيوان دون الخيارات غير الزمانية، والخيار في المقام من جهة تخلّف الشرط أو الوصف أمر آخر غير الخيارات الزمانية فلا يتمّ ما أفاده في المقام.

وبالجملة: أنّه (قدّس سرّه) سلّم ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بحسب كبراه وإنّما ناقش فيه من جهة الصغرى كما عرفت، والحقّ أنّ المطلب ممّا لا يمكن المساعدة عليه بحسب الأصل والكبرى أيضاً، وذلك لأنّ الثمن بعد الاعتراف بصحّة المعاملة ملك للبائع، وعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»[٣] غير مخصّص في المقام، فلا يجوز للمشتري منع البائع عن الثمن ويجب عليه دفعه إليه، إذ لم يرد على العموم المذكور شيء من المخصّصات، ومن العجب أنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٤] نسب إلى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في بحث الخيار تسلّم ما حكي عن العلّامة من عدم وجوب دفع الثمن أو المثمن في مدّة الخيار واستظهره من عبارة شيخنا

---

(١) التذكرة ١١ : ١٨١.

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٩ ـ ٤٠٠.

(٣) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢.

(٤) منية الطالب ٢ : ٣٩٩.

الأنصاري (قدّس سرّه) في بحث الخيار « لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف والسلم فثمرة الخيار واضحة وهي عدم وجوب التقابض » حيث عبّر بـ « لو » الظاهر في أنّ خيار المجلس يمنع عن وجوب دفع الثمن والمثمن وتقابضهما ، هذا .

ولكن ذلك ممّا ينبغي أن يعدّ من غرائب كلام شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) (على تقدير صحّة ما في التقريرات كما هو المظنون ، لأنّ المقرّر كان كثير الاهتمام بضبط كلام شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)) وذلك لأنّ الوجه في عدم وجوب التقابض في بيع الصرف والسلم هو عدم حصول الملك منهما إلّا بالتقابض ، فقبله لا ملك للبائع حتّى يجب على المشتري تسليمه إلى مالكه ، وهذا بخلاف غيرهما من البيوع فإنّ الملك في غيرهما يحصل بالعقد والمعاملة وبعده لا معنى للتصرف في مال الغير وعدم تسليمه إلى مالكه ، فما أفاده شيخنا الأنصاري إنّما هو في الصرف والسلم لا في مطلق البيع فتعبيره بكلمة « لو » في محلّه ، لما عرفت من أنّه لا ملك قبل التقابض فيهما .

فالمتحصّل أنّ شيخنا الأنصاري لم يظهر منه تسلّم هذا المطلب بوجه ، وقد عرفت أنّ أصل الكلام ممّا لا يمكن الالتزام به وهذا ظاهر هذا كلّه ، مضافاً إلى أنّ هذا الدليل أخصّ من المدّعى ، إذ ربما يكون الثمن بيد البائع دون المشتري وهذا كما إذا كان الثمن داراً يسكنها البائع سابقاً وقد وقع ثمناً في بيع شيء اشتراه منه أو نفرض الثمن دَيناً للمشتري كان في ذمّة البائع فباشترائه منه سقط من ذمّته قهراً ، فلا يد في أمثال ذلك حتّى يدعى أنّ المشتري هو المنكر لمطابقة قوله للأصل .

الثاني : أنّ البائع يدّعي علم المشتري بالمبيع على وصف الهزال والمشتري ينكر علمه به بهذا الوصف والأصل عدم علمه به بهذا الوصف ، فالمشتري منكر ويقدّم قوله والبائع مدّع وعليه أن يثبت مدّعاه بالبيّنة أو بغيرها ، هذا .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بالمعارضة بأصالة عدم علم

المشتري بالمبيع بوصف السمن فلا حقّ له في الخيار ، ثمّ ذكر أنّ الشكّ في علم المشتري بوصف الهزال وعدمه إنّما نشأ وتسبّب عن الشكّ في وجود غير وصف الهزال عند المشاهدة ، فإذا نفينا وجود غير الهزال حين المشاهدة فيه يرتفع الشكّ عن علم المشتري ، لأنّ الشكّين سببي ومسبّبي .

وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] سلّم المعارضة بين الأصالتين أعني أصالة عدم علمه به بهذا الوصف وأصالة عدم علمه به بغير هذا الوصف . والصحيح أنّ ذلك كلّه منافٍ لمسلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لأنّ الأصلين لا أثر لهما إلّا باعتبار لوازمها والمثبت ليس بحجّة عنده ، مضافاً إلى أنّ التسبّب غير شرعي فلا حكومة في مثلهما ، والسرّ فيما ذكرناه أنّ الأثر وهو الخيار لم يترتّب على وجود وصف السمن واقعاً ولا على العلم بالمبيع بهذا الوصف بل إنّما هو مترتّب على وجود الاشتراط بوصف السمن وعدمه ، إذ من الممكن أن يكون السمن موجوداً بحسب الواقع وقد علم به المشتري أيضاً إلّا أنّه لم يشترط هذا الوصف في المعاملة فوجوده والعلم به لا أثر له في حدّ نفسه بل الأثر للاشتراط وعدمه ، نعم من لوازم العلم بوصف السمن حين المعاملة اشتراطه كما أنّه من لوازم عدم العلم به عدم اشتراطه فاستصحاب عدم العلم لأجل إثبات أثر ذلك اللازم من المثبت ، نعم لو كان الأثر وهو الخيار مترتّباً على العلم بالوصف كما في خيار العيب لارتفاعه مع العلم بالحال وثبوته عند عدم العلم لم يكن لجريان الأصلين مانع حينئذ .

الثالث : أنّ وصول حقّ المشتري بيده بدفع العين المهزولة مشكوك والأصل عدم وصول حقّه إليه فيكون المشتري هو المنكر وعلى البائع أن يثبت وصول حقّه بالبيّنة أو بشيء آخر .

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤٠١ .

وفيه : ما أورده عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من أنّ المراد بالحقّ إن كان هو ذات العين فهو قد وصل إلى المشتري قطعاً ، وإن أُريد بالحقّ العين بوصف السمن فثبوت ذلك أوّل الكلام ، ومع عدم ثبوته لا معنى لاستصحاب عدم وصول حقّه ، إذ لم يثبت له حقّ حتّى يستصحب عدمه ، وإن أُريد به حقّ الخيار فهو لا معنى لوصوله إليه بل هو تابع للاشتراط كما مرّ ، وعليه فلا يمكن الاعتماد بشيء من الوجوه المذكورة في المقام .

ولأجل ذلك ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام معنىً آخر ووافقه عليه شيخنا الأُستاذ وملخّصه : أنّه لابدّ في المقام من ملاحظة أنّ الأوصاف المتخلّفة هل كانت أُخذت في المعاملة قيداً للمبيع كما إذا اشترى مقداراً من الأُرز الحاصل من مكان كذا كالعنبر مثلاً فإنّ الوصف حينئذ قيد في المبيع فإنّه لم يشتر الأُرز المجرّد حينئذ بل الأُرز المقيّد بقيد العنبر ، وفي مثله القول قول المشتري لأنّه يدّعي عدم انعقاد المعاملة على الفاقد للوصف حينئذ والمفروض أنّ العقد وقع على المقيّد بذاك الوصف لا على ذاته كما عرفت ، فعليه فلا معاملة على الفاقد فالقول قول المشتري وعلى البائع إثبات أنّ البيع وقع على الفاقد أيضاً ، أو أنّ هذه الأوصاف إنّما هي شروط خارجية والعقد إنّما وقع على ذات الموصوف غاية الأمر باشتراط ذاك الوصف بخصوصه ، وعليه فالقول قول البائع لأنّهما متّفقان على وقوع المعاملة على الفاقد للشرط والمشتري يدّعي حقّاً زائداً على الذات فعليه الاثبات ، ويتّضح هذا بملاحظة ما ذكرناه سابقاً من أنّ الثمن إنّما يبذل بازاء ذات المشروط والموصوف ولا يقع في مقابل هذه الأوصاف الكمالية شيء من الثمن فإنّ المعاملة حينئذ وقعت على الذات والمشتري يدّعي أمراً زائداً عليه وعليه الاثبات .

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٦ .

وحينئذ فيقع الكلام في تشخيص أنّ الأوصاف هل هي مأخوذة على وجه القيدية أو على وجه الشرطية ، وملخّص ما ذكره (قدّس سرّه) أنّه لابدّ من ملاحظة أنّ الرؤية السابقة هل هي بمنزلة تقييد المبيع كما إذا فرضنا أنّ المبيع كلّي كالأُرز والحنطة ونحوهما إلّا أنّ المشتري قيّده في المعاملة بكونه كذا كتقييد الحنطة بالمكان المخصوص والأُرز بكونه من العنبر على نحو يكون نتيجة التقييد هو الخيار عند عدم حصول القيد دون البطلان ، فيكون التقييد مشتركاً مع الاشتراط في النتيجة ، وعليه فيكون قول المشتري مقدّماً حينئذ ، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على الموجود الخالي عن الوصف وأثره عدم إلزام المشتري بأخذه من البائع ، ولا يعارض ذلك بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّد الذي يدّعيه المشتري لأنّه لا أثر له في المقام إلّا إثبات أنّ العقد وقع على هذا الموجود الفاقد للوصف والأصل المثبت لا اعتبار به بوجه ، فيكون القول قول المشتري ، هذا كلّه فيما إذا أُريد بالأصل أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد على نحو مفاد ليس التامّة وقد عرفت أنّها ممّا لا يترتّب عليه أثر شرعي .

وأمّا إذا أُريد بالأصل أصالة عدم الوقوع على الأمر المقيّد على نحو مفاد ليس الناقصة فهو وإن كان يترتّب عليه الأثر وهو لزوم أخذه على المشتري وعدم ثبوت الخيار له إلّا أنّه لا حالة سابقة له ، إذ لم يسبق زمان وقع عقد على الفاقد للوصف ولم يقع عليه مقيّداً حتّى نستصحبه ونقول الأصل إنّ العقد الواقع وقع على ما لم يكن مقيّداً بوصف ، وقد نظّر ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) باستصحاب عدم الكرّية في الماء المخلوق الساعة أو الماء غير المعلوم حاله سابقاً حيث إنّ استصحاب عدم الكرّية على نحو مفاد ليس التامّة يجري ولا يترتّب عليه أنّ الماء الموجود في الحوض غير كرّ ، وأمّا استصحاب عدم اتّصافه بالكرّية على نحو مفاد ليس الناقصة فهو وإن ترتّب عليه عدم كرّية الماء الموجود في الحوض إلّا أنّه لا حالة سابقة له ليجري

استصحاب اتّصافه بعدم الكرّية سابقاً ، وكيف كان فالأصل في هذه الصورة مع المشتري لأنّ البائع يدّعي حينئذ أنّ البيع وقع على الفاقد والمشتري ينكره والأصل عدم وقوع البيع على الفاقد ، وأمّا إذا كانت الرؤية السابقة بمنزلة الاشتراط دون التقييد بأن يكون العقد واقعاً على ذات العين المشاهدة واشترط في ضمنه أن تكون كذا وكذا فالقول قول البائع حينئذ ، لأنّ المشتري يدّعي أمراً زائداً عن العين على البائع والأصل عدم التزام آخر سوى الالتزام بالعين ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

ولابدّ في تحقيق الكلام من التكلّم في مقامين : أحدهما في أنّ المشتري إذا ادّعى الاشتراط أو التقييد فهل يقدّم قوله أو قول البائع . وثانيهما : في أنّ الرؤية السابقة هل توجب الاشتراط أو توجب التقييد .

أمّا البحث عن المقام الأول فنقول : إن ادّعى المشتري الاشتراط وأنكره البائع فلا ينبغي الشكّ في أنّ الأصل مع البائع حينئذ ، لأنّ المشتري يطالب أمراً زائداً عن المبيع والأصل عدم التزام آخر على غير العين ، فلابدّ للمشتري من إثبات مدّعاه ببيّنة ونحوها ، وإذا ادّعى كلّ منهما الاشتراط فالمورد من موارد التداعي .

وأمّا إذا ادّعى المشتري أنّ المبيع كان مقيّداً بقيد غير متحقّق فعلاً فتارة يدّعي البائع عدم التقييد ويقول إنّ المعاملة مطلقة وأُخرى يدّعي البائع أيضاً التقييد بقيد آخر كما أنّ المشتري يدّعي التقييد بقيد ، فإن ادّعى كل واحد منهما تقييد المبيع بقيد كما إذا اشترى أُرزاً أو حنطة على وجه كلّي وقد قيّده بكونه من مكان مخصوص أو من العنبر مثلاً وادّعى البائع أنّك اشتريت أُرزاً أو حنطة من مكان آخر أو من غير العنبر مثلاً فهما حينئذ متداعيان لأنّ كل واحد منهما يدّعي أمراً ينكره الآخر وأصالة عدم وقوع العقد على المقيّد الذي يدّعيه المشتري معارضة بأصالة عدم

وقوعه على المقيّد الذي يدّعيه البائع ، فالأصلان متساقطان وبعده لابدّ من أن يثبتا مدّعاهما ببيّنة ونحوها وإلّا فيتحالفان ويحكم بانفساخ المعاملة كما هو الحال في موارد التداعي .

وأمّا إذا ادّعى المشتري التقييد وادّعى البائع عدم التقييد وقال إنّ البيع مطلق والاختيار بيدي وأُعيّن شيئاً آخر غير المقيّد الذي يدّعيه المشتري ، فالظاهر أنّ الأصلين متعارضان أيضاً من دون فرق بين جريان الأصل في العدم الأزلي أو جريانه في العدم على نحو مفاد ليس التامّة ، وذلك لما ذكرناه سابقاً وحقّقناه في مباحث الأقل والأكثر والتعبّدي والتوصّلي من أنّ الإهمال في الواقع غير معقول وأنّه لابدّ وأن يكون الشيء ملحوظاً مقيّداً أو على نحو السعة والاطلاق ، وعليه فكلّ واحد من التقييد والإطلاق أمر وجودي مسبوق بالعدم غاية الأمر أنّ الاطلاق عبارة عن ملاحظة الشيء موسّعاً والتقييد ملاحظته على نحو التضييق ، نعم الاطلاق في مقام الاثبات أمر عدمي لأنّه في مقام الابراز عبارة عن عدم التقييد وعليه فإذا ادّعى أحدهما التقييد وادّعى الآخر إطلاقه فكلاهما يدّعيان أمراً وجودياً مسبوقاً بالعدم ، فأصالة عدم التقييد أي عدم كون المبيع مضيّقاً بحسب الالتزام معارض بأصالة عدم كون المبيع ملحوظاً على نحو السعة فتكون المسألة من التداعي فإذا أثبت أحدهما مدّعاه بشيء فهو وإلّا يتحالفان ويحكم بانفساخ المعاملة كما في الصورة المتقدّمة ، وهذا من دون فرق بين استصحاب عدم وقوع العقد على المضيّق على نحو مفاد ليس التامّة وبين استصحاب عدم الاتّصاف بالتضيّق على نحو مفاد ليس الناقصة بناءً على جريان الأصل في العدم الأزلي بأن يقال الأصل عدم تحقّق التضيّق مع البيع على هذا الموجود لما عرفت من أنّ كلّ واحد منهما معارض بالمثل في الطرف الآخر فالأصل عدم ملاحظة التوسعة وعدم تحقّقها معه ، هذا كلّه في كبرى المسألة .

وأمّا البحث عن المقام الثاني وأنّ المشاهدة والرؤية السابقة هل هي تـفيد الاشتراط أو التقييد فملخّص الكلام في ذلك : أنّ التقييد غير ممكن في المقام لأنّ العين المشاهدة الخارجية أمر غير قابل للتوسّع والتـضيّق ، لأنّ الجـزئي لا يـتضيّق ولا يتوسّع وإنّما القابل لهما هو الكلّي ، وأمّا المبيع الخاص فلا معنى للتقييد والاطلاق فيه بوجه ، نعم يمكن أن يتصوّر فيه ذلك لا من جهة نفسه بل بلحاظ الحكم عليه معلّقاً على شيء كما هو الحال في الواجب المشروط بأن يقال أكرم هذا الجائي إن كان زيداً أو يقال أكرم هذا الجائي سواء كان زيداً أو غير زيد ، وعليه فيمكن أن يـقال في المقام قد وقع البيع على هذه العين الخارجية مقيّداً ومـعلّقاً عـلى وجـود الوصـف الفلاني أو وقع عليه من دون تقييد بوجود الوصف إلّا أنّ تعليق البيع على شيء من الأوصاف مبطل للمعاملة ولو مع وجود الوصف أيضاً فـضلاً عـمّا إذا لم يـتحقّق الوصف معه .

فالمتحصّل : أنّ تقييد المبيع غير ممكن لجزئيته وتقييد البيع غير صحيح لأنّه من التعليق في العقود ، وعليه فيتعيّن أن تكون الرؤية مفيدة للاشتراط وقد تقدّم أنّ القول حينئذ قول البائع دون المشتري ، وبه يحكم بتقدّم قول البائع في المـقام لأنّ النزاع في الاشتراط والمشتري يدّعي أمراً زائداً عن المبيع والأصل عدمه ولا يعتنى بقول المشتري ، اللهمّ إلّا أن يقيم البيّنة على مدّعاه وهو أمر آخر ، وأمّـا بـدونها فالقول قول البائع خلافاً للأعاظم بأجمعهم .

وملخّص ما ذكرناه في المقام : أنّ المبيع لمّا كان جزئياً خارجياً فـلا يمكـن تقييده وتوسعته ، وعليه أي بناءً على عدم إمكان التقييد في المبيع وأنّه لابـدّ وأن يرجع إلى الالتزام بالأوصاف والاشتراط ، لا مـعنى للالتزام بـوصف السـمن أو الكتابة ونحوهما من الاُمور الخارجة عن اختيار البائع في المبيع ، فما معنى الالتزام بتلك الأوصاف فيه ، فلا محالة إمّا أن يرجع ذلك إلى تعليق البيع على وجود تلك

الأوصاف في المبيع ، وإمّا أن يرجع إلى تعليق الخيار على هذه الأوصاف بمعنى أنّ المشتري على اختيار من الالتزام بالفاقد عند تخلّف الأوصاف ومن فسخ المعاملة حينئذ ، والتعليق في البيع على تلك الأوصاف الكمالية التي لا يبذل بازائها الثمن يوجب البطلان في البيع ولو مع تحقّقها ووجودها في المبيع ، نعم التعليق على الأوصاف النوعية المقوّمة للمبيع التي يبذل المال بازائها لا يوجب البطلان كما مرّ في محلّه ، ولكن السمن والكتابة ونحوهما ليست من الأوصاف النوعية كما هو ظاهر فلا محالة يكون تعليق الخيار متعيّناً ، وعليه فيرجع دعوى تغيّر المبيع في المقام إلى أنّ المشتري يدّعي الخيار بعد وصول حقّه وهو العين إليه والبائع ينكره وقد عرفت أنّ الأصل حينئذ مع البائع وعلى المشتري إثبات مدّعاه ، وبما ذكرناه في المقام يتّضح الحال في محلّ الكلام ولا يبقى حاجة إلى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في المسألة ، هذا كلّه في صورة النقص في العين .

وأمّا إذا فرضنا الزيادة فيها كما إذا كانت العين عند المشاهدة مهزولة وادّعى البائع أنّها صارت سمينة بعد ذلك فلي الخيار لأنّي إنّما بعت العين المهزولة ، وأنكره المشتري وقال إنّ المبيع هو العين السمينة فلا خيار لك ، فقد ظهر الحال في ذلك ممّا ذكرناه في صورة دعوى النقص وأنّ هذه المسألة على عكس المسألة المتقدّمة حيث إنّ المشتري يدّعي اللزوم والبائع يدّعي الخيار والأصل مع المنكر للخيار ، لأنّ الأصل عدم الالتزام بشيء غير الالتزام بالعين ، فعلى البائع إثبات مدّعاه على خلاف ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام ، هذا كلّه في الفرع الأول من الفرعين .

الفرع الثاني : إذا اتّفق كلّ واحد من البائع والمشتري على وقوع التغيّر في العين بعد المشاهدة وأنّها وقعت على السمين مثلاً إلّا أنّهما اختلفا في زمان حصول ذلك التغيّر كالهزال فادّعى المشتري أنّه حدث قبل المعاملة عليها فلي الخيار ، وقال

البائع إنّه حدث بعد المعاملة فلا خيار لك ، فهل القول قول البائع أو قول المشتري وعنوان الاختلاف بذلك أي بما إذا ادّعى المشتري وقوعه قبل البيع والبائع حدوثه بعده مبنيّ على أنّ تلف الأوصاف قبل قبض العين ليس راجعاً إلى البائع لأنّ الدليل إنّما ورد في تلف نفس المبيع وأنّه إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه وبما أنّه على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على مورد الدليل ، وأمّا إذا بنينا على أنّ الأوصاف كالعين في أنّ تلفها قبل قبضها من مال بائعها ، فيمكن عنوان الاختلاف في المقام بعد البيع أيضاً بأن اتّفقا على أنّ العقد والبيع وقعا على العين بوصف السمن واتّفقا أيضاً على تغيّرها فعلاً إلّا أنّ البائع يدّعي حدوث التغيّر بعد قبض المشتري أو وكيله العين وأنكره المشتري وقال إنّه حدث قبل قبض المبيع فهي من مال بائعها .

وكيف كان ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ هناك حادثين البيع والتغيّر والخلاف في تقدّم أحدهما على الآخر وتأخّره ، واستصحاب عدم حدوث البيع إلى زمان حدوث التغيّر معارض باستصحاب عدم حدوث التغيّر إلى زمان حدوث البيع فهما متساقطان ، أو غير جاريين في نفسهما على خلاف في ذلك بيننا وبين صاحب الكفاية (قدّس سرّه)(٢) وكيف كان فالأثر في المقام وهو الخيار غير مترتّب على عدم حدوث البيع إلى زمان حدوث التغيّر كما أنّ نفيه غير مترتّب على عدم حدوث التغيّر إلى زمان حدوث الحادث الآخر بل إنّما هو مترتّب على عدم وصول حقّ المشتري إليه بعد الاعتراف بحقّه والبيع ، ومن الظاهر أنّ شيئاً من الاستصحابين لا يثبت وصول حقّه إليه أو عدم وصوله إلّا على نحو المثبت وهو لا اعتبار به ، وعليه فهذه المسألة نظير المسألة المتقدّمة في جريان الأصل في عدم

---

(١) المكاسب ٤ : ٢٨٣ .

(٢) الكفاية : ٤٢٠ و٤٢١ .

وصول حقّه إليه فيثبت الخيار للمشتري بهذا الأصل فيقدّم قوله على قول البائع كما ذكرناه في المسألة المتقدّمة ، بل المقام أولى بجريان استصحاب عدم وصول حقّه من المسألة المتقدّمة ، لأنّ النزاع في المسألة المتقدّمة إنّما كان في ثبوت الحقّ وعدمه وفي المقام يتّفقان على ثبوت الحقّ للمشتري بالبيع وإنّما الخلاف في وصوله وعدمه والأصل عدمه ، هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام .

ولكن ذلك ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما ظهر من مطاوي ما ذكرناه أنّه لا حقّ للمشتري سوى العين وهي قد وصلت إليه بالقطع ولم يثبت له حقّ آخر غيرها لما مرّ من أنّ مرجع اختلافهما إلى الخلاف في ثبوت الخيار للمشتري وعدمه والأصل عدمه ، فلا حقّ له حينئذ حتّى يجري فيه الاستصحاب . وأمّا ما أفاده من أنّ الخيار إنّما يترتّب على عدم وصول حقّه إليه ، ففيه : أنّه لم يرد بهذا العنوان دليل وعليه فنقول إنّ الخيار في المقام إنّما يترتّب على عدم بقاء وصف السمن في زمان البيع إذ مع بقائه فلا وجه للخيار .

وعليه فلا نرى مانعاً من استصحاب بقاء السمن والوصف الموجود حين المشاهدة إلى زمان البيع فيترتّب عليه عدم الخيار للمشتري فيقدّم قول البائع إلّا أن يثبت المشتري مدّعاه[1] ولا يعارض هذا باستصحاب عدم وقوع العقد على العين في زمان السمن لأنّه لا أثر لهذا الاستصحاب ، لعدم إثباته أنّ العقد وقع على العين في زمان عدم السمن حتّى يثبت له الخيار ، هذا فيما إذا اتّفقا على حصول النقيصة في العين كما إذا كانا عالمين بالسمن في العين حين المشاهدة وبعده عرضها الهزال .

وأمّا إذا انعكس الأمر واتّفقا على الهزال حين المشاهدة والسمن بعدها

---

(١) ولا يخفى أنّ هذا الاستصحاب لا يثبت وقوع العقد على السمين حتّى يرتفع به خيار المشتري .

واختلفا في تقدّمه على البيع حتّى يكون البائع مخيّراً وتأخّره عنه حتّى لا يثبت له الخيار فلا مانع فيها أيضاً من استصحاب الهزال إلى زمان البيع ويترتّب عليه عدم الخيار للبائع .

مسألة : إذا عقدا على العين بعد المشاهدة ثمّ ظهرت تالفة واختلفا في أنّ التلف كان مقدّماً على البيع حتّى يكون البيع باطلاً ، إذ لا معنى لبيع المعدوم ، أو أنّ التلف كان متأخّراً عن البيع فالبيع صحيح ، أو اختلفا في أنّ التلف كان قبل القبض حتّى يحسب من البائع أو أنّه حدث بعد القبض حتّى يحسب من المشتري فيما إذا كان المبيع ممّا يكفي في قبضه التخلية بينه وبين المشتري كاعطاء المفتاح له ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الأصل في ذلك مع المشتري ، لأنّ الأصل عدم زوال ملك المشتري عن الثمن وبقاء ملكه عليه وهو أصل حكمي ، ولم يتعرّض إلى الأُصول الموضوعية نفياً ولا إثباتاً .

وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] تعرّض إلى الأُصول الموضوعية وذكر أنّها مثبتة بأجمعها ولابدّ من أن يرجع إلى الأصل الحكمي وهو بقاء ملك المشتري على الثمن ، هذا ولابدّ في تنقيح المقام من التكلّم في موردين :

أحدهما : ما إذا كانت العين تحت يد المشتري قبل وقوع المعاملة عليها كما إذا كانت العين عنده عارية ثمّ اشتراها من مالكها وغير ذلك ممّا لا يحتاج فيه إلى القبض بعد البيع . وثانيهما : فيما إذا كانت العين تحت يد البائع واستيلائه ولكنّها ممّا يكفي في قبضها وإقباضها التخلية بينها وبين المشتري كاعطاء مفتاح الدار ونحوه .

فأمّا المورد الأول فملخّص الكلام فيه أنّ هناك حادثين : أحدهما البيع وثانيهما التلف ، ولا مانع من استصحاب عدم التلف إلى زمان البيع لأنّ الموضوع

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤٠٧ ـ ٤٠٨ .

مركّب من البيع وبقاء المبيع وقد أحرزنا أحد جزأيه وهو البيع بالوجدان . وفيه : أنّ البيع مشكوك لأنّ معناه وهو المبادلة بين المالين غير متحقّق لأجل الشك في تلف المبيع ، ومع كونه تالفاً في الواقع لا معنى للمبادلة ، والعلم بمجرد الانشاء لا أثر له فلا مانع من إحراز جزئه الآخر بالاستصحاب ، فالبيع وعدم التلف موضوع للحكم بالصحّة كما هو الحال في غير هذا المقام كما إذا باع العبد الآبق مع الشكّ في موته وحياته فإنّه لا مانع من استصحاب البقاء وضمّه إلى البيع المتحقّق بالوجدان والحكم بصحّة المعاملة فيه ، هذا .

إلّا أنّ هذا الاستصحاب في المقام معارض باستصحاب عدم تحقّق البيع إلى زمان التلف ، وذلك لأنّ هذا الأصل وإن لم يثبت وقوع البيع بعد التلف إلّا أنّا لا نحتاج في الحكم بالبطلان إلى إحراز أنّ البيع وقع بعد التلف بل نفس عدم تحقّق البيع مع بقاء العين وإلى زمان تلفها كافٍ في الحكم بالبطلان ، وبما أنّهما متعارضان فيتساقطان فيرجع إلى الأصل الحكمي في البين ، هذا بناءً على ما سلكناه في استصحاب الحادثين من عدم جريانه في شيء منهما مطلقاً سواء كان كلاهما مجهولي التاريخ أو كان تاريخ أحدهما معلوماً وتاريخ الآخر مجهولاً على خلاف في أنّ الاستصحابين لا يجريان فيهما أصلاً أو أنّهما يجريان ويتساقطان بالمعارضة على كلام في ذلك بيننا وبين صاحب الكفاية (قدّس سرّه)(١)، وأمّا بناءً على التفصيل في الحادثين وتجويز جريان الأصل فيما جهل تاريخه عند العلم بتاريخ أحدهما كما عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) ووافقه على ذلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٣)

---

(١) تقدّم مصدره في الصفحة ٤٤٣ .

(٢) فرائد الأُصول ٢ : ٦٦٧ .

(٣) أجود التقريرات ٤ : ١٤٦ ـ ١٤٨ .

فلابدّ من التفصيل في المقام بين ما إذا كان تاريخ كلّ واحد من البيع والتلف مجهولاً فلا يجري الاستصحاب في شيء منهما كما عرفت ، وبين ما إذا كان تاريخ أحدهما معلوماً وتاريخ الآخر مجهولاً فيحكم حينئذ بجريان الاستصحاب في مجهول التاريخ ويترتّب عليه أثره ، فإن كان المجهول هو البيع فالاستصحاب يقتضي الحكم ببطلان المعاملة حينئذ كما أنّ المجهول إذا كان هو التلف فمقتضاه الحكم بصحّة المعاملة فراجع .

وأمّا المورد الثاني : أعني ما إذا ظهرت العين تالفة بعد التخلية بينها وبين المشتري باعطاء مفتاحها ونحوه ولم يعلم أنّ التلف متقدّم أو المتقدّم هو التخلية فالظاهر أنّ الاستصحاب يجري في إحراز عدم القبض من دون معارض ، وذلك لعدم العلم بحدوث القبض أصلاً ، لأنّ التخلية بين العين والمشتري لا يكون تخلية وقبضاً فيما إذا كانت العين تالفة واقعاً ، إذ لا معنى للتخلية بين المعدوم والموجود ، إذ التخلية إنّما هي بين شيئين موجودين فحدوث القبض غير معلوم والأصل عدمه وبذلك نحكم بأنّ العين تلفت من مال بائعها ، هذا .

وربما يتمسّك في المقام بأصالة الصحّة في البيع لأجل الشكّ في صحّته وفساده ، إذ البيع لو كان واقعاً عليه بعد التلف فهو غير صحيح ، كما أنّه إذا وقع عليه قبله فهو صحيح ، وأصالة الصحّة فيه تقتضي الحكم بالصحّة لا محالة ، هذا .

ويرد عليه أُمور منها : ما ذكرناه في بحث أصالة الصحّة من أنّها نظير قاعدة الفراغ بل هي هي بعينها غاية الأمر أنّ قاعدة الفراغ تجري في فعل نفسه وأصالة الصحّة تجري في فعل الغير ، وعليه فكما أنّ قاعدة الفراغ لا تجري عند الشكّ في احتمال المصادفة الواقعية من دون أن يكون المشكوك أمراً اختيارياً للفاعل فكذلك الحال في أصالة الصحّة فإنّها تجري فيما إذا شككنا في فعل اختياري للمتبايعين وأنّهما مثلاً هل أوقعا الصيغة عربية أو ماضوية ونحوهما ، وأمّا إذا شككنا

فيما لا يرجع إلى اختيار الفاعل أصلاً بل لو تحقّق فإنّما يتحقّق من باب المصادفة الواقعية فلا تجري أصالة الصحّة فيه ، لأنّ مدركها السيرة وجريانها في مثله غير متحقّق وهذا ظاهر ، وبما أنّ التلف وعدمه خارجان عن اختيار المتبايعين فلا يجري أصالة الصحّة فيه ، وهذا هو الذي كنّا نعبّر عنه في قاعدة الفراغ بما إذا كانت صورة العمل محفوظة كما إذا اعتقد أنّ مائعاً ماء فتوضّأ منه ثمّ شكّ في أنّه ماء أو غير ماء وقلنا إنّ القاعدة لا تجري في مثله ، نعم لو كان مرجع الشكّ إلى الشكّ في وجود أمر اختياري للمكلّف فلا مانع من جريان قاعدتي الفراغ والصحّة وهذا كما إذا كان عنده مايعان فتوضّأ بأحدهما ثمّ شكّ في أنّه توضّأ بالمايع الذي هو الماء أو بالمايع الثاني الذي هو الخلّ فلا مانع من جريان قاعدة الفراغ في مثله لأنّ مرجعه إلى الشكّ في أنّه هل اختار التوضّؤ بالماء أو اختار التوضّؤ بالخلّ واختيار هذا أو ذاك فعل اختياري له ، وعليه فإذا شككنا في المقام في أنّ العقد هل وقع يوم السبت حتّى يقع باطلاً للعلم بتلف المبيع يوم الجمعة أو أنّه وقع يوم الخميس فلا مانع من جريان أصالة الصحّة فيه ، لأنّه يرجع إلى أنّه هل اختار إيقاع البيع يوم الخميس حتّى يصحّ أو أنّه اختار إيقاعه يوم السبت حتّى يقع باطلاً وهو أمر اختياري للعاقد والبائع .

ومنها : ما أشرنا إليه في بحث أصالة الصحّة أيضاً من أنّها إنّما تجري بعد إحراز قدرة المكلّف عليه ومع الشكّ في القدرة لا مجال لأصالة الصحّة بوجه ، فلذا قلنا إنّ القاعدة لا تجري فيما إذا باع أحد داراً أو غيرها من الأملاك من دون أن نحرز أنّها ملكه أو أنّه وكيل من قبل مالكها إذ لم نحرز حينئذ قدرته على بيعها حينئذ ، ولذا لا يسلّم العقلاء الثمن إلى البائع في أمثال هذه الموارد أصلاً ، وكذا فيما إذا طلّق أحد زوجة شخص آخر من دون أن نعلم بوكالته من قبل زوجها فإنّه لا تجري القاعدة في مثله لعدم إحراز قدرة الفاعل على الفعل ، وبما أنّ قدرة الفاعل على البيع غير محرزة في المقام ، لأنّ التلف إذا كان متقدّماً على البيع لا يمكنه بيعه إذ لا قدرة

على بيع المعدوم شرعاً فلا يجري أصالة الصحّة في حقّه (وقد كان يعبّر عن ذلك في الأُصول باشتراط إحراز القابلية في المورد أو الفاعل في جريان أصالة الصحّة) وكيف كان فمع الشكّ في قدرة الفاعل على الفعل لا تجري أصالة الصحّة، ومن هنا اشترطنا إحراز القابلية في المورد والفاعل في جريان أصالة الصحّة على خلاف في ذلك بين المحقّق الثاني(١) وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) نعم فيما إذا أحرزنا القابلية وشككنا في صحّته وفساده من جهة أُخرى لا مانع من التمسّك بأصالة الصحّة كما هو ظاهر.

ومنها: أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إحراز القابلية في المورد أو الفاعل في جريان أصالة الصحّة وفاقاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في رسائله حيث التزم بجريانها مع الشكّ في القابلية أيضاً فلا تجري أصالة الصحّة في المقام أيضاً، وذلك لأنّ أصالة الصحّة إنّما تجري فيما إذا أحرزنا الجامع بين الصحيح والفاسد وشككنا في صحّته وفساده كما إذا علمنا أنّ أحداً يصلّي على الميّت قطعاً وشككنا في صحّة صلاته وفسادها فتجري أصالة الصحّة في حمل صلاته على الصحيح، وأمّا إذا لم نحرز العنوان والجامع بين الصحيح والفاسد كما إذا رأينا أنّ أحداً قائم على جنازة ولا ندري أنّه يصلّي على الميّت أو أنّه يدعو ويستغفر للميّت مثلاً فلا معنى حينئذ لحمل فعله على الصحيح والحكم بصحّة صلاته إذ لم نحرز أنّه يصلّي حتّى نحكم بصحّتها وفي المقام أيضاً لم نحرز عنوان البيع أصلاً حتّى نشكّ في صحّته وفساده، لأنّ وجود المبيع مقوّم لحقيقة البيع والمعاملة وبما أنّا نشكّ في وجوده فنشكّ في تحقّق مفهوم البيع فأصل الجامع بين الصحيح والفاسد غير محرز حتّى تجري أصالة الصحّة ونحكم بها

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣٠٧.

(٢) فرائد الأُصول ٢ : ٧٢٤.

بصحّة البيع ، وهذا الوجه هو الذي ذكره شيخنا الأنصاري في المقام دون الوجه المتقدّم عليه ، لأنّه (قدّس سرّه) ينكر اعتبار إحراز القابلية في جريان أصالة الصحّة في رسائله[١].

عدول

قد ذكرنا في صورة الشكّ في تقدّم التلف على البيع وتأخّره مع عدم الحاجة إلى القبض أنّه لا مانع من جريان الاستصحاب في التلف وإثبات عدمه إلى زمان البيع ، وبما أنّ البيع محرز بالوجدان فبضمّ الوجدان إلى الأصل يتم كلا جزأي الموضوع للحكم بالصحّة ، وقلنا إنّ هذا لا يختصّ بالمقام بل الحال كذلك عند الشكّ في حياة الآبق عند بيعه فإنّ استصحاب حياته ينضمّ إلى وجود البيع المتحقّق بالوجدان وبهما نحكم بصحّة البيع .

ولكن الصحيح أنّ الاستصحاب لا يجري في التلف والموت ولا يمكن إثبات عدمها بالاستصحاب لعدم إحراز البيع بوجه ، لأنّ مفهوم البيع الحقيقي الذي هو المقوّم له في الحقيقة عرفاً عبارة عن التبديل بعوض ، ومع تلف المبيع لا معنى لتبديله في مقابل العوض ، فوجود المبيع مقوّم للمبادلة والبيع عرفاً مع قطع النظر عن حكم الشارع كما هو واضح ، وعليه فلا يبقى مجال لاستصحاب عدم التلف إلى زمان البيع وينتهي الأمر إلى استصحاب بقاء ملك المشتري على الثمن كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وكذا الحال في استصحاب الحياة في بيع العبد الآبق فلا مجال لاستصحابها لعدم إحراز البيع لتقوّمه بوجود المبيع ، نعم لنا علم بمجرد إنشاء البيع وصدور صيغة بعت ، ولكن الانشاء لا أثر له إلّا على نحو التعليق بأن يقال إنّه لو كان

---

(١) فرائد الأُصول ٢ : ٧٢٤ .

متحقّقاً في زمان وجود المبيع أو اليوم السابق لكان مؤثّراً وصحيحاً والأصل أنّه كذلك فعلاً ، إلّا أنّك عرفت أنّ الاستصحاب التعليقي لا أساس له في الأحكام فضلاً عن الموضوعات ولعلّ هذا ظاهر .

الكلام في بيع ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار

مسألتان تعرّض لهما الأصحاب في المقام وهما بيع ما لا يفسده الاختبار كالعطور والعنب ونحوهما وبيع ما يفسده الاختبار كالبطيخ والجوز وغيرهما ممّا لا يبقى بعد قصّه أو كسره إلّا ساعات أو أكثر ويوجب ذلك فساده .

فأمّا ما يفسده الاختبار فلا ينبغي الإشكال في عدم اعتبار الاختبار فيه لأنّ الفرض أنّ الاختبار يوجب فساده ويمنع عن الانتفاع به ، والبيع إنّما هو لأجل الانتفاع بالمبيع فيما يريد المالك الانتفاع به فيه ، نعم ربما يكون الغرض من الابتياع استهلاكه بالأكل ونحوه وفي مثله لا مانع عن الاختبار لأنّه لا يوجب سقوطه عن الانتفاع به في الأكل ، وأمّا في غيره من الموارد التي يمنع اختبار المبيع فيها عن أن ينتفع به مالكه فلا وجه لاعتبار الاختبار فيه أبداً بل لابدّ في صحّة بيعه من الأُمور التي ستأتي الاشارة إليها عن قريب إن شاء الله تعالى .

وأمّا ما لا يفسده الاختبار فقد اختلفوا في صحّة بيعه على أقوال ، فذهب بعضهم إلى صحّة بيعه مع الاختبار ، وذكر بعض آخر أنّ بيعه مشروط باشتراط الصحّة عند عدم اختباره ، وحكي عن ثالث اعتبار أحد الأمرين في صحّة بيعه إمّا اشتراط الصحّة فيه وإمّا البراءة عن العيوب ، هذا ولا يهمّنا التعرّض إلى كلماتهم في المقام ولابدّ من التكلّم في أصل المسألة وما تقتضيه القاعدة فيها إذ لم يرد في ذلك رواية أو شيء آخر من الأدلّة النقلية .

فنقول : أمّا ما يفسده الاختبار فقد مرّ عدم اعتبار الاختبار فيه لمنافاته

الغرض من الابتياع كما عرفت .

وأمّا ما لا يفسده الاختبار فلا ينبغي الإشكال في اعتبار الاختبار فيه ، إذ المفروض اختلاف قيمته باختلاف طعمه وريحه أو غيرهما من الأوصاف التي لها مدخلية في زيادة قيمة المبيع وفي اتّصافه بالصحّة والفساد ، والوجه في ذلك أنّه عند عدم اختباره لا يؤمن من صحّة المبيع وفساده وهو أمر خطري يستلزم الغرر ، لأنّ الجهل بالكيفية قد يوجب الغرر بأكثر ممّا يوجب الجهل بالكمية من الكيل والوزن ولعلّه ظاهر ، كما لا إشكال في كفاية اشتراط الصحّة في صحّة المعاملة فيه لأنّه يتمكّن من فسخها عند ظهور الفساد وعدم صحّة المبيع وبهذا يرتفع الغرر لا محالة ولكن اشتراط الصحّة ممّا لا حاجة إليه في المعاملة لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ الصحّة ممّا يعتبره العقلاء في المعاملات ويشترطونها في جميع الأشياء والاُمور من دون حاجة إلى اشتراطها في ضمن المعاملة ، وعليه فإذا باع أو اشترى شيئاً على وجه الاطلاق من دون أن يشترط فيه الصحّة في المعاملة فلزوم المعاملة أيضاً متوقّف على صحّة المبيع وعدم عيبه ، لأنّ المطلق ينصرف إلى الصحيح فكأنّه قد اشتراه من البائع بهذا الشرط في المعاملة فيرتفع الغرر بذلك لا محالة .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من التفصيل ممّا لا يمكن المساعدة عليه حيث فصّل (قدّس سرّه) بين الموارد التي يتوقّف معظم المالية والانتفاعات بالمبيع على وصف الصحّة فلابدّ من إحرازها بالاختبار ونحوه وبين الموارد التي لا يتوقّف معظم المالية على وصف الصحّة فلا يجب إحرازها ومثّل للأوّل بما إذا ظهرت الجارية المبيعة خنثى حيث إنّ الانتفاع من الجارية في الطبخ والكنس وغيرهما من وظائف النساء والاستمتاع ونحوه يتوقّف على عدم كونها

(١) المكاسب ٤ : ٢٩٣ ـ ٢٩٤ .

خنثى وإلّا فتفوت عنه تلك الانتفاعات كما لا يخفى ، ومثّل للثاني بما إذا ظهرت الجارية ممّن لا تحيض وهي في سنّ من تحيض فإنّ ذلك عيب إلّا أنّه لا يوجب انتفاء أكثر المالية عن الجارية لتمكّنه من الاستمتاع والانتفاع بها في الكنس والطبخ ، نعم لا يحصل منها الولد فقط ، والتزم ببطلان المعاملة في الصورة الأُولى دون الثانية واستشكل فيما ذكر من أنّ أصالة السلامة من الطرق التي يعتمد عليها العقلاء في مقام إحراز الصحّة والسلامة في المبيع بأنّ أصالة السلامة إنّما يعتمد عليها العقلاء فيما إذا كانت الصحّة والسلامة في المبيع محرزة سابقاً وحينئذ يعتمد على صحّته السابقة وسلامته في المعاملة ، دون ما إذا لم تحرز الصحّة في المبيع سابقاً .

والوجه في عدم إمكان المساعدة عليه : أنّ أصالة الصحّة والسلامة ليست من طرق الإحراز عند العقلاء مطلقاً من دون فرق في ذلك بين إحراز الصحّة في المبيع سابقاً وبين عدم إحرازها فيه كذلك ، إذ لم يثبت بناء من العقلاء على اعتبار بقاء وصف الصحّة فيما إذا كانت موجودة سابقاً ، والاستصحاب أمر تعبّدي يثبت من الأخبار لا ببناء العقلاء كما ذكرناه في محلّه ، فأصالة الصحّة في مقام إحراز السلامة ممّا لم يثبت بناء العقلاء عليها بوجه ، نعم لو أُريد من ذلك أنّ العقلاء بنوا على اشتراط الصحّة والسلامة في المبيع بحيث إذا ظهر المبيع معيباً يتمكّن المشتري من الفسخ لأجل هذا البناء من دون حاجة إلى بيان ذلك وذكره في المعاملة ، فقد عرفت أنّه كذلك إلّا أنّ ذلك لا يفرّق فيه بين كون الصحّة موجودة في السابق أو غير موجودة ، وكون معظم المالية متوقّفة على وصف الصحّة أو غير متوقّفة ، لأنّ العقلاء في جميع ذلك بنوا على اشتراط الصحّة من العيب في المعاملات .

وكيف كان فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وقد عرفت أنّ اشتراط الصحّة فيما لا يفسده الاختبار وإن كان ممّا لا بأس به إلّا أنّه لا حاجة إليه بعد بناء العقلاء على اشتراط الصحّة في المبيع من غير أن يحتاج فيه إلى

ذكرها في العقد والمعاملة .

وأمّا ما اعتبره بعضهم من البراءة عن العيوب ، فإن أراد منه براءة المبيع عن العيوب بأن يبيع ويتبرّأ عن أن يكون المبيع معيباً فهو عبارة اُخرى عن اشتراط الصحّة في المبيع وتغيير لفظ فقط ، لأنّ معناه اشتراط عدم العيب في المبيع ، وعدم العيب ليس إلّا عبارة عن الصحّة إذ لا واسطة بين الصحّة وعدم العيب .

وإن أراد منه تبرّي البائع عن العيوب بأن يبيع ويتبرّأ عن عيوب المبيع وكأنّه يقول بعتك هذا الموجود أعمّ من المعيب والصحيح ، فيدفعه أنّ ذلك من أوضح أنحاء الغرر حينئذ وهو نظير البيع كيف ما كان كما إذا باع حنطة موجودة أعمّ من أن تكون حقّة أو أزيد منها أو أنقص وهو أمر غرري .

وبعبارة اُخرى : أنّ هذه الاشتراطات إنّما هي لأجل دفع الغرر لا محالة وحينئذ إن كان المشتري عالماً ومحرزاً للصحّة في المبيع فتبري البائع لا يمنع عن صحّة المعاملة لعدم الغرر حينئذ ، وأمّا إذا كان المشتري جاهلاً بالحال فتبري البائع يؤكّد الغرر ، إذ لولا تبري البائع له أن يرجع إليه عند ظهور العيب لاشتراط الصحّة ببناء العقلاء ، فإذا تبرأ البائع من العيوب فمعناه أنّ المشتري لا يجوز له الرجوع إلى البائع على أي تقدير فهو يؤكّد الغرر حينئذ .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ ما لا يفسده الاختبار يصحّ بيعه بالاختبار واشتراط الصحّة وبدونه لأجل بناء العقلاء على اشتراط الصحّة في المبيع ، وأمّا ما يفسده الاختبار فصحّة بيعه بأحد الأمرين الآخرين أعني الاشتراط في متن العقد أي اشتراط الصحّة وعدمه لأجل بناء العقلاء على اشتراط البيع بالصحّة ولا يشترط فيه الاختبار بوجه ، فهما متحدان في الأخيرين وإنّما يفترقان في أنّ الأول يجوز بيعه بالاختبار دون الثاني كما مرّ ، وقد عرفت عدم الحاجة في شيء منهما إلى اشتراط الصحّة في المعاملة لكفاية بناء العقلاء على الصحّة كما مرّ .

وأمّا ما في رواية محمّد بن العيص « عن الرجل يشتري ما يذاق أيذوقه قبل أن يشتري ؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوقنّ ما لا يشتري »[١] فلا دلالة فيها على اعتبار الاختبار فيما لا يفسده الاختبار ، لأنّ السؤال فيها كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] إنّما هو عن جواز الذوق لا عن وجوبه وتعيّنه وأجابه الإمام (عليه السلام) بجواز ذوق ما أراد أن يشتريه دون ما لا يشتريه كما إذا أخذ بالذوق من الأعناب الموجودة في السوق من أوّله إلى آخره من هذا الدكّان وذاك إلى أن يصل إلى آخره ولا يشتري شيئاً من العنب مع أنّه أكل منها بمقدار كثير .

فالمتحصّل : أنّ ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار يجوز بيعه بلا اختبار وبلا اشتراط الصحّة لكفاية بناء العقلاء على اشتراطها في البيع دائماً ، فما ذكره الحلّي[٣] ووقع في عبارة كثيرين من عدم جواز بيعه بلا اختبار اعتماداً على أصالة الصحّة بالمعنى المتقدّم ممّا لم نفهم له وجهاً ، وكيف كان فما لا يفسده الاختبار يجوز بيعه بالاختبار وباشتراط الصحّة وبالاعتماد على أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكرناه من دون فرق في ذلك بين ما يتوقّف معظم المالية على وصف الصحّة وما لا يتوقّف معظمها عليه ، لما مرّ من أنّ أصالة السلامة تكفي في اشتراط الصحّة من دون حاجة إلى ذكره في العقد ، نعم أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أعني كونها طريقاً لإحراز وصف الصحّة ممّا لا أساس له .

وأمّا ما يفسده الاختبار فهو كما لا يفسده الاختبار في جواز بيعه باشتراط الصحّة أو بالاعتماد على أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكرناه ، نعم لا يمكن بيعه

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٧٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٥ ح ١ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٨٩ .

(٣) السرائر ٢ : ٣٣١ .

بالاختبار لأنّ المفروض أنّ الاختبار يفسده ، وهذا هو الفارق بينه وبين ما لا يفسده الاختبار ، هذا كلّه في وصف الصحّة فيما لا يفسده الاختبار وما يفسده الاختبار .

وأمّا سائر الأوصاف الكمالية التي لها دخل في زيادة القيمة من دون مدخلية لها في صحّة الشيء وفساده وذلك كالحلاوة والحموضة في البطيخ والخلّ والرقّي ونحوهما فلا يمكن فيها الاعتماد على أصالة السلامة ، لأنّ الفرض أنّ المبيع سالم عن العيب وإنّما يشكّ في أوصافه الكمالية الموجبة لزيادة قيمته ، فإن كان ذلك الوصف الكمالي ممّا يمكن وصفه وبيانه كما في أصل الحلاوة في البطيخ والرقّي فلابدّ في صحّة البيع حينئذ إمّا من اختبار ذلك الوصف أو البيع باخبار البائع بالوصف الذي هو بمنزلة الاشتراط وبهما يرتفع الغرر في المعاملة ، هذا فيما لا يفسده الاختبار .

وأمّا ما يفسده الاختبار فصحّة البيع فيه منحصر بالبيع باخبار البائع بالوصف الكمالي ، إذ بدونه يحتمل فيه الخطر والغرر والمفروض عدم إمكان اختباره لأجل الفساد بالاختبار .

وأمّا إذا كان الوصف ممّا لا يمكن توصيفه وبيانه كما في مراتب الحلاوة في البطيخ أو مراتب الحموضة في الخلّ فإنّها ممّا يدرك ولا يوصف ، فإن كان المبيع ممّا لا يفسده الاختبار تعيّن في صحّة البيع فيه الاختبار ، إذ المفروض عدم إمكان إخبار البائع بالوصف ، وبيعه بلا اختبار الوصف غرري فيتوقّف صحّة البيع فيه على الاختبار ، وأمّا إذا كان المبيع ممّا يفسده الاختبار وفرضنا الشكّ في الأوصاف الكمالية وكان الوصف ممّا لا يمكن بيانه وتوصيفه والمفروض عدم إمكان الاختبار لأنّه ممّا يفسده الاختبار ، فالظاهر أنّ مثل ذلك الوصف ممّا لا مالية له بحسب العرف حينئذ ، لأنّ القيمة والمالية في أمثال ذلك إنّما هي على المبيع على ما هو عليه من دون فرق بين المتّصف بذلك الوصف وبين غير المتّصف به ، وهذا نظير البطّيخ والبرتقال

فإنّ القيمة إنّما هي على مقدار خاص من البطيخ كالأوقية والحقّة فإنّ خمسين فلساً إنّما هو في مقابل الحقّة من البطيخ بما هو عليه سواء كان حلواً أو غير حلو فالحلاوة فيه ملغاة عن المالية ، وكذا الحال في البرتقال فإنّ عشر فلوس إنّما هي في مقابل الواحد من البرتقال سواء كان ريّاناً أو غير ريّان كان حلواً أو غير حلو ، فالوصف ملغىً عن القيمة والمالية ولا يوجب الاختلاف في القيمة عندهم ، وعليه فلا مانع من البيع في مثله بلا إخبار ولا اختبار لعدم احتمال الخطر أو الغرر فيه ، إذ الفرض عدم اختلاف القيمة السوقية باختلافها ، ولا مانع في مثله من تبرّي البائع عنه لعدم اختلاف القيمة باختلافها وجوداً وعدماً كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في بيع ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار وقد ظهر حكم كلّ واحد منهما ممّا أسلفناه آنفاً .

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) مع ذلك أعاد التكلّم فيما يفسده الاختبار وأوقع الكلام فيه لأجل بعض الخصوصيات التي ستمرّ عليك إن شاء الله تعالى وعليه فلا مانع من التعرّض إليه فنقول : قد عرفت أنّ ما يفسده الاختبار يصحّ بيعه باشتراط الصحّة وبالاعتماد على أصالة السلامة بالمعنى المتقدّم فيما إذا كان التردّد والشكّ في وصف الصحّة والفساد وهذا ممّا لا إشكال فيه ، وإنّما الكلام فيما إذا ظهر المبيع فاسداً بعد الابتياع باشتراط الصحّة أو بالاعتماد على أصالة السلامة أو بغيرهما من الطرق المصحّحة للبيع فقد قسّم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذلك إلى أقسام وذكر أنّ المبيع فيما إذا ظهر فاسداً فامّا أن يكون فاسده ممّا يقابل بالمال ولو بمقدار قليل وهذا كما في البطيخ الفاسد والمدوّد وفي الجوز فإنّ البطيخ يمكن الانتفاع به بغير مواضع الدود منه والجوز ينتفع بفاسده في استخراج زيته فيقابلان بالمال

(١) المكاسب ٤ : ٢٩٥ .

وإمّا أن لا يكون لفاسده قيمة ، وعلى التقدير الأول إمّا أن يكون الفاسد ممّا لا يعدّ عرفاً من جنس ذلك الشيء وهذا نظير الجوز المجوّف الذي لا لبّ فيه بل هو قشر محض فإنّ له قيمة للانتفاع به في الاحراق إلّا أنّه أمر آخر وراء الجوز فإنّ الجوز عبارة عمّا ما في بطن القشر من اللبّ وأمّا القشر فهو ليس بجوز بل هو قشره ، وإمّا أن لا يعدّ الفاسد شيئاً آخر غير جنسه .

فأمّا القسم الثاني ، أعني ما إذا كان لفاسده قيمة ولم يعدّ أيضاً أمراً آخر وراء جنسه فالمشتري يتخيّر بين الالتزام بالفاسد ومطالبة الأرش والردّ ، هذا فيما إذا ظهر العيب قبل أن يتصرّف فيه المشتري بكسره كما إذا ظهر له العيب بملاحظة البطيخ ومشاهدة آثار الدود فيه من خارجه ، وأمّا إذا ظهر له الفساد بعد التصرّف فيه بالكسر فحينئذ يسقط عنه الردّ لدلالة الأخبار والروايات على عدم جواز الردّ مع التصرّف في المعيب ويتخيّر بين إمضاء الفاسد والمطالبة بالأرش .

وأمّا القسم الأوّل ، أعني ما إذا ظهر الفساد وكان لفاسده قيمة إلّا أنّه يعدّ عرفاً جنساً آخر وشيئاً مغايراً للمبيع لا فاسداً له فالظاهر أنّ المعاملة فيها باطلة لأنّ ما وقع عليه العقد فهو غير موجود والموجود لم يقع عليه البيع فيبطل لا محالة وذلك لفرض أنّ الفاسد مغاير للمبيع عرفاً وقد أشرنا سابقاً إلى أنّ البيع يبطل بتغيّر الأوصاف النوعية ولعلّه ظاهر ، هذا .

ثمّ إنّه يمكن تقريب الأقسام ببيان آخر أوضح من الأوّل : وهو أنّه إذا باع ما يفسده الاختبار ثمّ ظهر فاسداً فهناك ستّة صور ، وذلك لأنّ الفاسد تارة يساوي الصحيح بحسب القيمة ولا تختلف قيمته بحسب الصحّة والفساد وذلك كما في أواني الصفر قبل سنين حيث إنّ فاسده كان بقيمة الصحيح في النجف من أجل أنّ الغرض إنّما كان في المادّة دون الهيئات . وأُخرى تكون قيمة الفاسد أقلّ وأنقص من قيمة الصحيح كما هو المتعارف غالباً ، وثالثة لا يكون للفاسد قيمة أصلاً كما مثّلنا بالبطيخ

المدوّد على نحو غير قابل للأكل ولا لشيء آخر .

وعلى جميع التقادير الثلاث ربما يظهر الفساد بعد الكسر والتصرّف في المبيع وأُخرى قبل الكسر والتصرف وهذه ستّة صور ، فإذا فرضنا أنّ الفاسد مساوٍ بحسب القيمة مع الصحيح ولم يتصرف المشتري فيه بالكسر فللمشتري الردّ خاصّة دون الأرش ومطالبة التفاوت بين قيمة الصحيح والفاسد ، لأنّ الفرض عدم اختلاف القيمة بحسب الصحّة والفساد فلا تفاوت بين القيمتين حتّى يطالبه المشتري ، نعم له الردّ لظهور الفساد والعيب في المبيع ، وأمّا إذا ظهر الفساد في هذه الصورة بعد الكسر والتصرف فليس للمشتري أن يرجع إلى البائع بشيء ، أمّا أنّه لا يرجع بالأرش والتفاوت بين القيمتين فلما عرفت من أنّه لا تفاوت بين القيمتين حتّى يرجع به إلى البائع ، وأمّا أنّه لا يرجع إليه بالردّ فلأجل التصرف فيه بالكسر والتصرف مسقط للخيار كما هو ظاهر .

وإذا فرضنا أنّ الفاسد أنقص بحسب القيمة من الصحيح ولم يتصرّف المشتري فيه بالكسر وبعد البيع ظهر الفساد ، فللمشتري الردّ ومطالبة البائع بالأرش لتفاوت قيمتي الصحيح والفاسد ، نعم إذا تصرّف فيه بالكسر أو بغيره فلا محالة يسقط الردّ ويبقى له الأرش فقط ، وهذا من دون فرق في الصورتين بين أن يكون لمكسوره أيضاً قيمة أم لم يكن له قيمة ، لأنّ الكسر إنّما وقع بتصرّفه وفي ملكه ولا ربط له بالبائع ، ففي الصورة الأُولى يرجع إلى البائع بردّه فيما إذا لم يتصرف فيه بالكسر ولا أرش فيها ليرجع إليه بذلك أيضاً ، وفيما إذا تصرّف فيه بالكسر فلا يمكنه الردّ أيضاً كما عرفت ، وفي الصورة الثانية يرجع إليه بالردّ أو الأرش ولكن الأرش هو ما به التفاوت بين قيمة الصحيح والفاسد قبل الكسر ، وأمّا إذا لم يكن للفاسد قيمة أصلاً فالبيع باطل لانكشاف أنّ العقد وقع على ما لا مالية له بحسب الفرض وهذا من دون فرق بين القول باعتبار المالية في المبيع وبين القول بعدم

اعتبارها ، وذلك لأنّ الشيء بوصف أنّه من المتموّل وما له مالية يغاير الشيء المسلوب عنه المالية عند العرف ويعدّان شيئين متغايرين ، فصورته النوعية مباينة له بعد سلب المالية عنه وإن كانا متحدين في نظر العقل وقد مرّ أنّ الصور النوعية مقوّمة للمبيع وبتبدّلها ينعدم المبيع قهراً ولو لم نعتبر المالية فيه أيضاً ، فإنّه إذا اشترى عصفوراً فبان أنّه حشرة فلا يمكن في مثله الالتزام بصحّة البيع لتغاير العصفور والحشرة ولو مع القول بعدم اعتبار المالية في المبيع ولعلّ ذلك ظاهر ، وكيف كان فإذا ظهر الفساد في أمثال ذلك فهو يكشف عن عدم انعقاد المعاملة من الابتداء وأنّ البيع وقع على ما لا مالية له ، هذا .

ولكن الشهيد (قدّس سرّه)[1] ذهب إلى أنّ المعاملة تبطل في هذه الصورة من حين ظهور الفساد لا أنّه يكشف عن بطلانها من الابتداء ، وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] بأنّ ذلك أمر غير معقول ، لأنّ المبيع إن كان ممّا له مالية بحسب الواقع فلا وجه للبطلان من حين ظهور الفساد ، بل له أن يرجع بالأرش إن كان قيمة الفاسد فيه أنقص من قيمة الصحيح لا أنّه يرجع إليه بالثمن ، ولا يمكنه الرجوع بالأرش أيضاً فيما إذا كانت قيمة الفاسد فيه متساوية للصحيح ، وإن لم يكن المبيع ممّا له مالية بحسب الواقع فالبيع باطل من الابتداء لأنّه وقع على ما لا مالية له وهو أمر مغاير للمبيع عرفاً ، فلا وجه للبطلان من حين ظهور الفساد .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) وجّه البطلان من حين ظهور الفساد بقوله اللهمّ إلّا أن يقال ، وملخّص ما أفاده في توجيه كلام الشهيد : هو أنّ الفاسد قبل ظهور الفساد مال واقعي فلذا يبذل بازائه المال فإذا ظهر الفساد فله أن يرجع إلى البائع بالثمن

---

(١) الدروس ٣ : ١٩٨ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٩٧ .

لأنّ سقوط المبيع عن المالية مستند إلى أمر سابق على العقد وهو فساده واقعاً وليس مستنداً إلى أمر آخر حصل عنده حتّى لا يرجع إلى البائع بالثمن ، بل لا وجه لانفساخ البيع أيضاً إذ المعاملة صحيحة وله إمضاؤها أيضاً وغاية الأمر أنّ المبيع معيوب وله خيار العيب بالردّ والأخذ بالأرش وهو يختار الثاني دون الأول ، إلّا أنّ العيب لمّا كان مستنداً إلى أمر سابق على العقد وكان موجباً لفوات المالية عنه فهو لا يتدارك إلّا بدفع تمام الثمن ، هذا .

ثمّ أورد على التوجيه بأنّ العلم بالفساد إمّا أن يؤخذ طريقاً في المقام وإمّا أن يؤخذ على نحو الموضوعية دون الطريقية ، وعلى الأوّل فالعلم طريق إلى عدم المالية للمبيع من الابتداء وإنّما يبذل المال بازائه قبل العلم بالفساد من جهة الجهل والحكم الظاهري من باب أصالة السلامة لا أنّه مال واقعي ، فلا محالة يحكم بالبطلان من الابتداء لا من حين العلم بالفساد ، وأمّا على الثاني فالمعاملة صحيحة والعلم بالفساد الذي جعلناه موضوعاً في فوات مالية المال إنّما حدث في ملك المشتري فلماذا يرجع إلى البائع بتمام الثمن لأنّ المالية إنّما فاتت في ملك المشتري ، وهذا لا ربط له بالبائع حتّى يقال إنّه عيب مجهول وله خيار العيب .

ولو سلّمنا وقلنا إنّ العلم وإن كان موضوعاً في الحكم بفوات المالية إلّا أنّه جزء للموضوع في الحكم وجزؤه الآخر هو فساد المبيع بحسب الواقع ، وهو أمر سابق على العقد وكان مجهولاً للمشتري ، فإذا بان أنّه فاسد فيثبت له خيار العيب على نحو قد عرفت ، إلّا أنّه لا وجه للرجوع بتمام الثمن حينئذ ، لأنّ حاله حينئذ كحال المريض أو الأرمد قبل الشراء فإنّه إذا مات أو عمي بعده مستنداً إلى المرض السابق على العقد فلا يصحّ للمشتري أن يرجع إلى البائع بتمام الثمن بل له الرجوع بتفاوت قيمة المريض والصحيح وتفاوت قيمة الأرمد وغير الأرمد لا أنّه يرجع بتمام الثمن حينئذ ، هذا ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على الشهيد وهو في غاية المتانة

كما عرفت .

وأمّا الثمرة بين الحكم بالبطلان من أوّل الأمر والحكم بالبطلان من حين انكشاف الفساد ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الثمرة تظهر في تصرفات البائع في الثمن فإنّه إذا اشترى بهذا الثمن داراً أو عيناً غيرها فإنّه على القول بالبطلان من الابتداء الثمن ملك للمشتري وقد تصرف فيه البائع ، فصحّة تصرفاته تتوقّف على إجازته ، فلو أجاز شراء الدار بثمنه فتنتقل الدار إلى ملكه ، وإن لم يجزه فينفسخ البيع ويرجع كل من الدار والثمن إلى ملك مالكهما سابقاً ومالك الثمن هو المشتري ، وهذا بخلاف القول بالبطلان من حين العلم بالفساد فإنّ تصرّفات البائع في الثمن حينئذ وقعت في ملكه ، وحين الانفساخ لو كان الثمن باقياً يردّه إلى المشتري ، وأمّا إذا باعه أو اشترى به شيئاً فينتقل الأمر إلى بدله من المثل أو القيمة .

وكذا تظهر الثمرة في مؤونة نقل المبيع من محلّه إلى محل الاختبار فإنّها على البائع بناءً على أنّ المعاملة فاسدة من الابتداء وعلى المشتري بناءً على أنّ فسادها من حين العلم والانكشاف ، لأنّ المبيع على الأول في ملك البائع وعلى الثاني في ملك المشتري ، فتكون مؤونة الملك على مالكه لا محالة ، كذا نقله شيخنا الأنصاري عن الدروس وظاهره الارتضاء به .

ثمّ حكى عن المحقّق الثاني في جامع المقاصد[1] أنّ المؤونة على المشتري على كلّ تقدير ، إذ لا مقتضي لكونها على البائع لأنّه لم يأمره بنقله فلا يضمن المؤونة ولو كان ملكه . وعن بعض الأساطين وهو كاشف الغطاء (قدّس سرّه)[2] أنّ المؤونة على البائع على كلا التقديرين ، أمّا في صورة كون المبيع ملكه فلأنّه ملكه ومؤونة الملك

(١) جامع المقاصد ٤ : ٩٦ .

(٢) شرح القواعد (مخطوط) : ٧٨ .

على مالكه ، وأمّا في صورة كونه ملكاً للمشتري فلأجل أنّ النقل إنّما كان مستنداً إلى البائع فهو الموجب للنقل فعليه مؤونته وخسارته .

وكيف كان ، فالمتحصّل في المقام أقوال ثلاثة : التفصيل بين كونه ملكاً للبائع فالمؤونة عليه وبين كونه ملكاً للمشتري فمؤونة النقل عليه لأنّه ملكه ، والقول برجوعها إلى المشتري مطلقاً ، والقول برجوعها إلى البائع على نحو الاطلاق .

والصحيح هو الوجه الرابع ، إذ لا يمكن المساعدة على شيء من الأقوال المتقدّمة ، أمّا القول الأول أعني التفصيل بين كون المبيع ملكاً للبائع كما على القول ببطلان المعاملة من الابتداء وكونه ملكاً للمشتري كما على القول ببطلانها من حين الانكشاف والعلم بالفساد ، فلأنّه لا ملازمة بين كون المبيع ملكاً لأحد وكون مؤونة النقل عليه ، ولم يرد نصّ على أنّ المالك يضمن الخسارة والمؤونة في النقل لامكان أن تكون المؤونة على غير مالك المال ولم نفهم لارتضاء شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بذلك وجهاً .

وأمّا القولان الآخران فهما أيضاً لا يمكن المساعدة عليهما ، لأنّ المباشر للنقل هو المشتري فبحسب القاعدة لابدّ من ضمانه لمؤونة النقل وغيره ممّا يباشره ، اللهمّ إلّا أن يكون فعله ذلك مستنداً إلى البائع وتغريره فإنّ المؤونة والخسارة ترجع إلى الغارّ والمغرور يرجع إلى من غرّه في الخسارات .

وعليه فالحقّ في المسألة أن يقال : إن كان نقل المشتري مستنداً إلى تغرير البائع إيّاه كما إذا كان البائع عالماً بالفساد وكان المشتري جاهلاً به فلا محالة تكون الخسارة في النقل على الغارّ دون المشتري المباشر للنقل ، وهذا من دون فرق بين كون المبيع ملكاً للبائع وكونه ملكاً للمشتري ، وإن لم يكن المشتري مغروراً من قبل البائع كما إذا كان البائع أيضاً جاهلاً بالحال كالمشتري أو فرضنا المشتري عالماً بالفساد وقد أقدم عليه مع علمه بالحال فالمؤونة على المشتري لا محالة لأنّ النقل

فعله ولا سبب آخر له ، وهذا أيضاً من دون فرق بين كون المبيع ملكاً للبائع وكونه ملكاً للمشتري ، والوجه في ذلك ما ذكرناه في محلّه من أنّ الغرور يتقوّم بعلم الغارّ وجهل المغرور ومع انتفاء أحدهما ينتفي الغرور فلا يكون البائع ضامناً للخسارة وهذا هو الوجه الرابع الذي ذكرنا أنّه الصحيح في المقام ، هذا كلّه في مؤونة نقل المبيع من محلّ البيع إلى محلّ الاختبار .

وأمّا مؤونة نقل المتاع من محل الاختبار إلى البائع عند ظهور الفساد فقد فصّل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بين كون المبيع المكسور ملكاً مع عدم تموّله نظير حبّة الحنطة فالمؤونة على البائع ، وبين عدم كونه قابلاً للتملّك فلا يستبعد أن تكون المؤونة على المشتري ، هذا .

ولكنّك عرفت أنّ كون شيء ملكاً للمالك لا يستلزم ضمان المالك للمؤونة في نقله ، فالصحيح أنّ مقتضى قانون المبادلة هو ردّ المبيع إلى البائع في المكان الذي تسلّم فيه المبيع من مالكه فهل يمكن أن يقول المشتري للبائع أعطني ثمني فيطالبه البائع بالمبيع فيجيبه بأنّ مالك في بلد كذا ، بل لابدّ من دفع مال المالك إليه وأخذ عوضه وبدله ، لأنّ المالك إنّما سلّمه إليه في ذاك المكان فلابدّ من إرجاعه إلى ذاك المكان ، والارجاع إليه أمر راجع إلى المشتري فعليه المؤونة والخسارة في إرجاعه إليه ، اللهمّ إلّا أن يكون المشتري مغروراً من البائع في المعاملة والنقل كما إذا كان المالك عالماً بالفساد وكان المشتري جاهلاً بالحال لأنّه عليه يرجع إلى البائع بالخسارة لأنّه الذي أوقعه فيها .

فالصحيح في هذه الصورة أيضاً هو التفصيل بين كون المشتري مغروراً من قبل البائع فالمؤونة على البائع ، وبين عدم الغرور كما إذا كان البائع أيضاً جاهلاً

(١) المكاسب ٤ : ٣٠٠ .

بالحال أو كان المشتري عالماً بالحال فالمؤونة على المشتري ، لأنّه بمقتضى قانون المبادلة لابدّ من أن يدفع المبيع إلى البائع عند انفساخ المعاملة والمؤونة في إرجاعه وتسليمه إلى البائع عليه ، ولا يختصّ ذلك بالمقام بل الأمر كذلك في كلّ مقبوض بالعقود الفاسدة ، هذا كلّه فيما إذا طالبه المالك بالمبيع .

وأمّا إذا فرضنا أنّ المالك ردّ الثمن إلى المشتري ولم يطالبه بالمبيع ، إمّا لذهاب ماليته وملكيته وإن كان متعلّقاً لحقّه ، وإمّا لأجل أمر آخر وفرضنا المبيع في مثل المسجد أو المشاهد أو في ملك شخص وقد ألزمنا المالك بتفريغ مكانه من المبيع الفاسد كالبطيخ المدوّد الموجب للرائحة الكريهة أو كنّا مأمورين من قبل الشارع بتنظيف المساجد والمشاهد من القذارات سيّما إذا كانت نجسة ، فهل المؤونة في تفريغ المكان منها على البائع أو أنّها على المشتري ؟

الظاهر أنّ تفريغ المكان من القذارة حكم متوّجه إلى من أشغله بها وهو المشتري ببناء العقلاء ولو كان المشتري مغروراً في المعاملة من البائع ، ولا يصحّ أن يرجع بمؤونة التفريغ إلى البائع ، لأنّ المغرور إنّما يرجع إلى الغار فيما غرّه أو كان لازماً للعمل المغرور فيه ، ومن الواضح أنّ كسره في المسجد وتلويثه ليس من لوازم البيع بالغرور إذ لم يلزمه أحد بوضعه في المسجد ، وبما أنّه غير لازم للغرور فلا يصحّ أن يرجع إلى البائع بهذه المؤونة بل هي ببناء العقلاء متوجّهة إلى المشتري ولعلّه ظاهر .

نعم لو كان ذلك الاشغال مستنداً إلى غير اختيار المشتري فلا يتوجّه إليه الحكم بالتفريغ بل الحكم حينئذ متوجّه إلى جميع المسلمين كما التزمنا بذلك في تنجيس المسجد وقلنا إنّ ذلك إذا صدر عن النائم بلا اختياره كما إذا بال في نومه مثلاً فالمكلّف بتطهير المسجد هو الجميع دون خصوص النائم كما هو ظاهر ، وأمّا إذا كان ذلك مستنداً إلى اختياره فهو المكلّف بالتفريغ كما عرفت ، هذا .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تعرّض لاشتراط صحّة البيع فيما لا يمكن اختباره بأحد أمرين : اشتراط الصحّة أو براءة البائع عن العيوب ، وقد تعرّضنا نحن لذلك سابقاً ونعيده في المقام أيضاً على نحو الإجمال فنقول : إن اُريد بالبراءة عن العيوب براءة البائع عن العيوب مع قيام طريق معتبر على صحّة المبيع عند المشتري ولو كان ذلك أصالة السلامة (على تقدير صحّتها) فالبراءة عن العيوب حينئذ وإن كانت لا تضرّ بالبيع إلّا أنّها غير محتاج إليها مع قيام الطريق على صحّة المبيع لانتفاء الغرر بها ، وإن اُريد منها براءة البائع عن العيوب مع جهل المشتري بالحال وعدم قيام طريق على إحراز صحّة المبيع فاشتراطها لا يعقل أن يكون مصحّحاً للبيع لأنّه يؤكّد الغرر حينئذ فالمعاملة معه غررية باطلة ، وإن اُريد بها اشتراط براءة المبيع عن العيوب (الذي مرجعه إلى اشتراط صحّته) فهو لا بأس به إلّا أنّه خلاف ظاهر القائلين بالاشتراط والبراءة ، لأنّ ظاهرهم اشتراط براءة البائع لا المبيع ، ولكن الأمر إذا دار بين الحمل على الغلط أو على خلاف الظاهر فالثاني متعيّن ويقال حينئذ إنّ قولهم يشترط فيه شرط الصحّة أو البراءة الخ من قبيل عطف تفسير وأنّ المراد بها براءة المبيع عن العيوب .

الكلام في بيع المسك في الفأر

لا إشكال في صحّة بيع المسك في فأره لما ذكرناه سابقاً من اعتبار أصالة السلامة في المبيع عند العقلاء بمعنى اشتراط المبيع بالصحّة والسلامة لأنّها بذلك المعنى ترفع الغرر ، إذ على تقدير فسادها فللمشتري خيار تخلّف الشرط ، هذا .

وربما يناقش في صحّة بيع المسك من جهتين : إحداهما الجهل بصحّة المسك وفساده . وثانيتهما : نجاسة المسك لأنّه دم منجمد على المشهور . فأمّا الجهة الاُولى فقد عرفت اندفاعها بأصالة السلامة بمعنى اشتراط الصحّة في المعاملة عند العقلاء

وأنّها تمنع الغرر لا محالة . وأمّا الجهة الثانية فهي أيضاً مندفعة بأنّا لا نعلم أنّ المسك هو الدم أو كان أصله ذلك فلعلّه شيء آخر ، هذا أوّلاً . وثانياً : أنّه على تقدير كونه من الدم محكوم بالطهارة شرعاً فلذا يستعملونه مع العنبر ويذكرونه معه وهما طاهران بالإجماع والنصّ . وثالثاً : أنّ النجاسة بما هي غير مانعة عن البيع وقد ذكرنا ذلك في بحث المكاسب المحرّمة[1] واعترف به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في بحث بيع الميتة[2] فراجع ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحّة بيع المسك في فأره ، هذا كلّه بناءً على أنّ الشكّ في المسك من جهة الشكّ في صحّته وفساده .

وأمّا إذا شككنا فيه من جهة الأوصاف الكمالية الزائدة على صحّته كقوّة رائحته أو حسنها ونحوهما فحينئذ لا يمكن الاعتماد على أصالة السلامة بالمعنى المتقدّم لاختصاصها بالصحّة والفساد ، بل لابدّ من إحرازها بإخبار البائع وتوصيفه أو باختباره .

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[3] أنّ طريق اختباره هو أن يدخل فيها خيط بابرة ثمّ إخراجه وشمّه حتّى يعلم ميزان رائحته فلا يحتاج إلى فتق الفأرة حينئذ ، ثمّ ذكر أنّ الأولى أن يتصدّى البائع باختباره إذ لو تصدّى له المشتري فللبائع أن يطالبه بالنقص الوارد على المسك بإدخال الخيط مع الابرة فيه على تقدير عدم شرائه منه ، وذلك لأنّ المشتري يضمن النقص الوارد عليه ، وهذا من جهة ضمان المقبوض بالسوم حيث ذكروا أنّ المقبوض بالسوم تلفه على المشتري ، وهذا لا يختصّ بتلف العين بل يشمل تلف الوصف أيضاً كما في المقام ، هذا .

---

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ١٠٥ ، ٥١ .

(٢) المكاسب ١ : ٣٣ .

(٣) المكاسب ٤ : ٣٠٦ .

ويمكن المناقشة فيما أفاده بوجهين أحدهما : أنّ المشتري لو كان ضامناً للنقص الوارد على المسك فضمانه ليس مبنياً على الضمان في المقبوض بالسوم ، وذلك لأنّ الضمان في المقبوض بالسوم يختصّ بصورة التلف ولذا ذكروا أنّه إذا تلف بنفسه فيضمنه المشتري والمفروض في المقام إتلاف المشتري للوصف لا أنّه تلف بنفسه فضمانه النقص حينئذ من باب عموم من أتلف مال الغير فهو له ضامن لا من جهة الضمان في المقبوض بالسوم . وثانيهما : أنّ المشتري لا يضمن النقص الوارد على المسك في المقام من جهة أنّ النقص إنّما كان برضا البائع وإجازته لا أنّ المشتري نقّصه من عند نفسه ، فسواء قلنا إنّ ضمانه من باب الضمان في المقبوض بالسوم أو من جهة عموم من أتلف الخ فلا يحكم بضمانه في المقام بل يمكنه أن يتصدّى للاختبار برضا البائع وإجازته ، هذا .

ثمّ إنّه (قدّس سرّه) تعرّض لبيع اللؤلؤ في الصدف وللبيض في بطن الدجاج وذكر أنّ بيعهما باطل للجهالة ، فأمّا اللؤلؤ في الصدف فلوضوح اختلاف قيمته بحسب اختلاف لونه شدّة وضعفاً صفاءً وكدراً ، فربّ لؤلؤ يسوى بألف درهم لصفائه ولا يسوى فرد آخر منه بدرهم لكدره كسائر الجوهرات فإنّ بعضها يسوى بقيمة غالية لشدّة لونه دون بعضها الآخر لضعفه كما في الفيروزج ، وجهالة أوصافها من أوضح أنحاء الغرر ، وأمّا بيع البيض في بطن الدجاج فإن كان ذلك الدجاج معتاداً على بيض معيّن من حيث الكبر والصغر فلا مانع من بيعه في بطنه للعلم بمقداره بحسب عادته فلا غرر حينئذ لاطمئنانه أو علمه بمقداره وقيمته ، وأمّا إذا لم تكن له عادة معيّنة فالبيع غرري للجهل بكبره وصغره ولقيمته زيادة ونقيصة .

الكلام في بيع المجهول فيما إذا ضمّ إليه معلوم

لا إشكال في بطلان بيع المجهول ولو انضمّ إليه شيء آخر معلوم أيضاً بحسب

القاعدة الأوّلية ، للجهل بمقدار المركّب من المجهول والمعلوم ، والجهل بمقدار المبيع يوجب الغرر وهو يوجب البطلان ، ولا ينافي ذلك كون بعض أجزائه معلوماً إذ ما من شيء مجهول غرري إلّا وبعض أجزائه معلوم للمتبايعين ، هذا بحسب القاعدة الأوّلية .

إلّا أنّ المشهور بين المتقدّمين وكذلك بين المتأخرين كالأردبيلي[١] والسبزواري[٢] وغيرهما إلّا بعضهم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى معلوم ، من دون فرق في ذلك بين كون الغرض هو ابتياع المجموع بذاتهما وبين كون الغرض منه هو ابتياع المجهول وإنّما ضمّ إليه المعلوم للوصلة إلى غرضه وتصحيح بيعه ، وقد اعتمدوا في الحكم بالجواز الذي هو على خلاف مقتضى القاعدة الأوّلية على روايات[٣] واردة في جواز بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم ، وهذه الروايات بين ضعيفة وموثّقة وصحيحة ، وقد ورد بعضها في بيع أسماك الأجمة بأن يخرج سمكاً منها بيده فيبيع ما في الأجمة من الأسماك بضمّ السمك المعلوم الذي بيده إليها ، فإذا لم يوجد في الأجمة سمك يقع الثمن في مقابل السمكة المعلومة لا محالة ، وبعضها الآخر ورد في بيع اللبن في الضرع بضمّه إلى ما في السكرجة من اللبن المحلوب ، وقد ورد بعضها الثالث في بيع ما في بطون الغنم من الحمل بضمّ أصوافها إليها إلى غير ذلك من الأخبار فراجع .

وقد أورد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٤] على الاستدلال بالروايات المتقدّمة مناقشات يرجع حاصلها إلى وجوه : الأوّل أنّ الروايات على تقدير

(١) مجمع الفائدة ٨ : ١٨٥ ـ ١٨٦ .

(٢) كفاية الأحكام : ٩١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٥٤ / أبواب عقد البيع وشروطه ب١٢ .

(٤) المكاسب ٤ : ٣١١ .

دلالتها والعمل على طبقها تختص بمواردها ولا يمكن التعدّي منها إلى غيرها لأنّها على خلاف القاعدة الأوّلية كما عرفت. الثاني: أنّ مورد الأخبار إنّما هو الشكّ في وجود المجهول كالشكّ في وجود السمك في الأجمة وعدمه ومحلّ الكلام إنّما هو الشكّ في صفة الموجود فوجود المبيع معلوم ونشكّ في أوصافه، وهذا غير مورد الروايات كما لا يخفى. والثالث: أنّ هذه الأخبار لا يمكن العمل على طبقها في مواردها فكيف بالعمل بها في غيرها من الموارد، وذلك لأنّها دلّت على جواز بيع المجهول بضمّه إلى مجهول آخر وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

أمّا ما ورد في بيع السمك فلأنّ السمك من الموزون ولذا ذهبوا إلى جريان الربا في السمك فراجع، وإخراج سمك بيده لا يخرج السمك عن الجهالة فكيف يكون ضمّ ذلك إلى المجهول موجباً لصحّة بيع المجهول.

وأمّا ما ورد في بيع الحمل في بطون الغنم فلأنّ الأصواف المنضمّة إليه مجهولة المقدار ولا يعلم أنّ أصواف النعم على ظهورها أيّ مقدار فالضميمة مجهولة فكيف تصحّح البيع، وكذا الحال فيما ورد في بيع اللبن في الضرع للجهل بمقدار ما في السكرجة من المحلوب، ومع كون الضميمة مجهولة لا يمكن الالتزام بصحّة المجهول هذا ملخّص ما أورده (قدّس سرّه) على الاستدلال بالأخبار.

أمّا ما أورده أوّلاً فقد ظهر الجواب عنه ممّا بيّناه[1] في بيع العبد الآبق مع الضميمة، لأنّا ذكرنا هناك أنّ قوله (عليه السلام) في روايات جواز بيع الآبق مع الضميمة أنّه على تقدير عدم وجدانه الآبق يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه بمنزلة التعليل للحكم بالجواز، وهو بيان للمناط في جواز بيع المجهول مع الضميمة والروايات الواردة فيما نحن فيه أيضاً مشتملة على التعليل، وعليه فلا مانع من

(١) في الصفحة ٣٥٤.

التعدّي عن موارد الأخبار إلى غيرها ، هذا مع أنّ السائل في الروايات لم يكن يحتمل الخصوصية في المورد قطعاً وإنّما سأله عنها من باب المثال حتّى يعرف حكم المسألة في غيره من الموارد .

وأمّا الجواب عن الوجه الثاني : فهو أنّ بيع المجهول بحسب الوجود إذا صحّ بالضمّ إلى معلوم فكيف لا يصحّ بيع شيء معلوم الوجود مجهول بحسب الأوصاف عند الضمّ إلى شيء معلوم ، فما أفاده (قدّس سرّه) من أن مورد الأخبار هو الشكّ في وجود المجهول فلا تشمل ما إذا كان وجود المجهول ثابتاً وشككنا فيه بحسب الأوصاف ممّا يقتضي العجب ، لأنّ البيع في مثل المجهول بحسب الأوصاف يصحّ بطريق أولى .

وأمّا الجواب عن الوجه الثالث : فهو أنّ الغرض من الأخبار ومحطّ النظر فيها إنّما هو تصحيح بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم ، وأمّا أنّ المعلوم لابدّ وأن يكون على أيّ نحو فليست الروايات مسوقة لذلك وإنّما هي تدلّ على جواز بيع المجهول بالضمّ إلى المعلوم المشروط جواز بيعه بما ذكر في البيع من المعلومية والوزن وغيرهما من الشروط ، لا أنّها دلّت على جواز بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم لا يعلم قدره أو وزنه بوجه ، لوضوح أنّها في مقام بيان الجواز في المجهول بضمّه إلى معلوم على الشروط المذكورة في صحّة بيع ذلك الضميمة المعلومة ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الضمائم من أين استكشفنا جهالتها في الروايات ، أمّا في ضمّ الأصواف إلى بيع الحمل في البطون فلاحتمال انفصالها عن ظهور الغنم ومعلومية مقدارها ، أو احتمال معلوميتها على ظهورها لأجل تعيين أهل الخبرة على وجه لا يوجب الغرر ، وأمّا ضمّ اللبن في السكرجة فلاحتمال أنّ السكرجة كانت كيلاً معيّن المقدار وكان اللبن الموجود فيها معلوم المقدار لا محالة ، وأمّا السمك فهو أيضاً كذلك لاحتمال العلم بوزنه ومقداره ، على أنّا نمنع من كون السمك من الموزون بل هو يباع

بالوزن تارة وبالعدد أُخرى كما لا يخفى على من لاحظ موارد بيع السمك ، فإثبات جهالة الضمائم في الروايات على عهدة مدّعيها . وأمّا جريان الربا في السمك فهو ليس مستنداً إلى كونه من الموزون بل هو من جهة قاعدة أنّ كل شيء كان موزوناً في زمان أو في بلد يجري فيه الربا ولو كان ذلك الشيء من المعدود في مكان آخر أو بلد آخر فلا تغفل ، وكيف كان فلا مانع من الاستدلال بالأخبار في المقام ، هذا .

على أنّ لنا أن نقول : إنّ المستند في عدم جواز بيع المجهول هو الإجماع كما ذكرناه في بيع العبد الآبق دون قاعدة نفي الغرر للمناقشة في دلالتها وسندها والمتعيّن الثابت من الإجماع هو بيع المجهول على استقلاله وتجرّده ، وأمّا مع الضمّ إلى شيء آخر معلوم ولو لأجل الحيلة في تصحيح المعاملة فلا إجماع منهم على البطلان كيف وقد عرفت أنّ المشهور بين المتقدّمين والمتأخّرين كالأردبيلي والسبزواري وجملة من المحقّقين هو الجواز ، وعليه فالظاهر أنّ بيع المجهول فيما إذا ضمّ إليه معلوم صحيح سواء كان المعلوم بنفسه مقصوداً في المعاملة أم كان ضمّه لأجل الوصلة إلى بيع المجهول ، هذا .

ثمّ إنّ القائلين بعدم صحّة ضمّ المعلوم إلى المجهول استثنوا من ذلك ما إذا كان المجهول تابعاً للمبيع وذكروا أنّ التابع لا يضرّ الجهل به في صحّة المعاملة على المتبوع ولأجل ذلك وقع الكلام في معنى التابع وأنّ المراد به أي شيء .

والذي يمكن أن يقال : إنّ التابع يحتمل فيه أُمور ، لأنّ التابع ربما يطلق على جزء الشيء الذي هو ليس أمراً آخر مغايراً للشيء والمبيع لأنّه جزؤه وهو لا يقابل بالمالية على وجه الاستقلال في المعاملات ، ومثل ذلك لا يضرّ الجهل به في المعاملة وهذا نظير أُسّ الحيطان والأشجار فإنّ من اشترى الدار والحيطان فقد اشترى أُسّها وأساسها أيضاً مع الجهل بمقدار أساس الحيطان والآجر والجصّ المستعمل فيها وكذلك أُسّ الشجر وأساسه إذ لا يدرى أنّه أي مقدار نفذ في الأرض من أساس

الشجر ، والجهل بالتابع بمعنى جزء المبيع وإن كان لا يمنع عن البيع إلّا أنّه خارج عن محل الكلام في المقام ، لأنّه ليس أمراً آخر مغايراً مع المبيع بل هو جزؤه والكلام في ضمّ شيء آخر للمبيع بأن يكون هناك شيئان ، هذا .

مضافاً إلى أنّ المبيع في جميع الموارد لا يخلو عن كون بعض أجزائه مجهولاً للمشتري أو للمتبايعين ولا يوجد مبيع يكون معلوماً له بتام أجزائه وجهاته وهذا ظاهر .

وأُخرى يطلق التابع على أمر خارج عن المبيع ، وكون مثل ذلك الشيء تابعاً للمبيع مع مغايرته له وعدم وقوع المعاملة عليه إنّما يتصوّر بوجهين : أحدهما أن يكون جزءاً للمبيع بالجعل كما إذا قال بعتك هذين الشيئين بكذا فإنّ المبيع حينئذ مجموع شيئين ومركّبهما ، فكلّ واحد منهما جزء من المبيع . وثانيهما : أن يكون شرطاً للمبيع بالجعل كما إذا باع شيئاً واشترط عليه ضمّ شيء آخر إلى المبيع ، وكيف كان فالأمر الخارج عن المبيع لا يكون تابعاً للمبيع إلّا بجعل المتبايعين ، نعم ربما يكون الاشتراط ثابتاً بجعل العقلاء وبنائهم وهذا كما في المسامير الثابتة في الدار فإنّ البيع وإن لم يقع عليها بوجه وإنّما اشترى المشتري الدار فقط ، إلّا أنّ بناء العقلاء على انتقال المسامير أيضاً إلى المشتري يكفي في اشتراط تبعية المسامير للمبيع في الملكية والانتقال ، ونظيرها البيض في بطن الدجاجة المشتراة حيث إنّها إذا باضت تكون ملكاً للمشتري ببناء العقلاء مع عدم وقوع المعاملة عليها .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ ما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في معنى التابع بقوله : يحتمل أن يراد به ما يعدّ في العرف تابعاً ، ممّا لا يرجع إلى وجه محصّل ، لأنّ التابع العرفي ليس أمراً خارجاً عن المحتملات الثلاثة المتقدّمة أعني جزء المبيع الذي لا يعدّ عرفاً مغايراً مع المبيع أو الشيء المغاير له المجعول جزءاً بحسب إيقاع البيع عليهما أو الاشتراط ، إذ لا يخلو التابع عن ذلك قطعاً ولا معنى للتابعية في غيرها .

اللهمّ إلّا أن يراد به التبعية بحسب بناء العقلاء وهو أمر راجع إلى اشتراط التبعية وليس معنى آخر في مقابله ، وكذا الاحتمال الأخير الذي نقله عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) حيث احتمل أن تكون التبعية بمعنى التبعية في الجعل والتباني في مقام إنشاء البيع بأن ينشأ البيع على المعلوم مع تبعية المجهول له ولو لأجل التخلّص عن محذور الغرر ، وذلك لأنّ التابع لا يخلو عن أحد الأُمور الثلاثة المتقدّمة ولا يكون شيء أجنبي عن المبيع تابعاً له إلّا بجعله جزءاً أو شرطاً في المبيع .

وكيف كان ، فالمحتملات في المقام أربعة : الأول أن يكون التابع بمعنى ما أُخذ في المعاملة شرطاً للمبيع ، وهذا هو الذي يظهر من كلمات العلّامة[١] في موارد متعدّدة ، وعليه فإذا أُخذ المجهول شرطاً في المعاملة فيصحّ ، وإذا أُخذ بنحو الضميمة فيبطل . والثاني : أن يكون التابع بمعنى ما ذكر في العقد ثانياً كما أنّ المراد بالأصل ما ذكر فيه أوّلاً كما إذا قال : بعتك هذا المعلوم بضمّ هذا المجهول بكذا ، وعليه فتصحّ المعاملة في المثال وتبطل فيما إذا انعكس كما إذا قال بعتك هذا المجهول بضمّ هذا المعلوم بكذا وهذا هو الذي أورد عليه المحقّق الثاني[٢] بأنّ التقديم والتأخير في اللفظ لا أثر له . الثالث : أن يكون التابع بمعنى ما قصد في المعاملة تبعاً بحسب الغرض النوعي وهذا كما إذا اشترى القصب مع أنّ فيها سمكة أو سمكتان أو أكثر ، فإنّ الجهل بمقدار السمك في القصب لا يضرّ بصحّة المعاملة . والرابع : أن يكون التابع بمعنى ما قصد في المعاملة تبعاً بحسب الغرض الشخصي دون النوعي كمن أراد السمك القليل إلّا أنّ شراءه لم يتيسّر له إلّا بشراء قصب الأجمة ، فبما أنّ السمك مقصود شخصي للمشتري فالجهالة فيه توجب البطلان بخلاف الجهالة في قصب الأجمة لأنّها تابعة

---

(١) القواعد ٢ : ٨٥ ، ٩٢ ، التذكرة ١٠ : ٦٦ تذنيب .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٣٨٥ .

للغرض الشخصي كما عرفت ، فالجهالة فيها غير مانعة عن صحّة البيع ، هذا .

ولا يخفى أنّ المراد من صحّة المعاملة مع جهالة التابع في التبعية بحسب الغرض النوعي إن كان صحّة المعاملة فيما إذا كانت الجهالة في التابع بحيث لا يوجب الغرر كما إذا اشترى حنطة فإنّ فيها يوجد مقدار من التراب لا محالة إلّا أنّ الجهل بمقدار التراب التابع للحنطة لا يوجب البطلان لأنّه لا يوجب الغرر لقلّته ، فهو صحيح من جهة عدم الغرر في المعاملة كما بيّناه في مثل التراب القليل في الحنطة لا من جهة أنّ التراب تبع ، وإن أُريد صحّة المعاملة حتّى فيما إذا كانت المعاملة غررية للبائع كما إذا كانت في قصب الأجمة أسماك كثيرة ولعلّ قيمتها تساوي قيمة القصب ففي مثله لا يمكن دعوى صحّة المعاملة مع الجهل بمقدار الأسماك بدعوى أنّ الأسماك تابع بحسب النوع ، وذلك لأنّه يوجب الغرر على البائع وذلك ظاهر ، وأمّا كون التابع منوطاً بالغرض الشخصي فهو واضح الفساد ، لأنّ لازم ذلك صحّة المعاملة الغررية فيما إذا كان الغرض الشخصي متعلّقاً بالأعم ، وهذا كما إذا احتاج إلى فلز من الفلزات حتّى يجعله عياراً في الميزان فاشترى الفلز مع الجهل بأنّه حديد أو ذهب فإنّ لازم كون الاعتبار بالغرض الشخصي أن تكون المعاملة في مثل ذلك صحيحة لأنّ غرضه متعلّق بالأعم من الحديد والذهب ، وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه .

إعادة فيها توضيح

بعد الفراغ عن أنّ الجهالة تمنع عن صحّة المعاملة وقع الكلام في أنّها هل هي مانعة مطلقاً أو فيما إذا لم ينضمّ إلى المجهول معلوم ، وقد تقدّم أنّ ضمّ المعلوم إلى المجهول يوجب صحّة البيع الواقع على المجهول ، ولكن بعضهم فصّل في ذلك بين ما إذا كان المجهول تابعاً للمعلوم فالبيع صحيح وبين ما إذا لم يكن تابعاً له فالمعاملة باطلة ، ولأجل ذلك وقع الكلام في أنّ المراد بالتابع ما هو ، وقد قدّمنا أنّ التابع تارة

يطلق على جزء المبيع الذي ليس شيئاً مغايراً معه وليس هناك شيئان ومثل هـذا التابع لا يقابل بالمال ولا تختلف القيمة بوجوده وعدمه وزيادته ونقيصته ومـثال ذلك أساس الجدران فإنّ بعض الأراضي لأجل رخوتها لا يبنى فيها الجدران إلّا مع النزول إلى الأرض بمقدار ويختلف زيادة ذلك ونقيصته بـاختلاف الأراضي فـفي بعضها يكون الأساس متراً وفي بعضها مترين وهكذا ، والفرض أنّه ممّـا يسـتلزم صرف المال بمقدار لا محالة إلّا أنّه مع ذلك لا يلاحظ بالمال ولا تختلف قيمة الجدران بوجوده وعدمه ولا بزيادته ونقيصته ، ومثل ذلك تابع وداخل في المبيع ولو مع غفلة المتبايعين ولا يستلزم الجهل به غرراً ولا وجوده تفاوت قيمة أصلاً ، وأمثال ذلك خارج عن محلّ الكلام قطعاً إذ لا تختلف القيمة بوجوده فلا يكون الجهل به موجباً للغرر بوجه .

وأُخرى يطلق التابع على شيء زائد على المبيع وأمر مغاير معه إلّا أنّه مع ذلك تابع للمبيع ولا تلاحظ قيمته وماليته في المعاملة على المتبوع أيضاً ، وهذا أمـر لا يمكن إلّا بواسطة الشرط كالاشتراط العقلائي في مثل المسامير المـوجودة في الدار المبيعة فإنّ قيمة الدار لا تختلف بوجود المسامير وعدمها ، ونحوها ممّا هو خارج عن المبيع ، فلذا لو شرط البائع أخذ المسامير منها لا تنتقل إلى المشتري ، إلّا أنّه إذا لم يشترط عدمه فأمثالها باشتراط العقلاء داخلة في المبيع تبعاً من دون أن تـلاحظ المالية في مقابلها ، ولا يبعد أن يكون البيض في بطن الدجاجة أيضاً من هذا القبيل بأن يكون تابعاً للدجاجة ومنتقلاً إلى المشتري بلا ملاحظة قيمته فإنّ أمثال ذلك أمر خارج عن المبيع إلّا أنّه تابع له بحسب شرط العقلاء من دون أن يكون هـذا موجباً لاختلاف قيمته ، وهذا أيضاً لا إشكال في دخوله في المبيع وعـدم مـانعية الجهل به في صحّة البيع ، إلّا أنّه أيضاً خارج عـن محـلّ الكـلام لأنّـه لا يـوجب الاختلاف في القيمة ولا الغرر بجهالته .

فالمتحصّل أنّ التابع إمّا أن يكون بنحو الجزئية وإمّا أن يكون بنحو الشرطية كما عرفت في القسمين المتقدّمين ، وقد عرفت أنّ الجهالة في التابع بالمعنيين المتقدّمين غير مانعة عن صحّة البيع في المتبوع ، وأمّا التابع في غير المعنيين المتقدّمين بحيث لا يمنع الجهل به في البيع فقد ذكر فيه أُمور :

الأول : التابع بمعنى الشرط بأن يقال إنّ المجهول إذا كان في البيع على نحو الشرطية دون الجزئية فلا يضرّ الجهل به في البيع على المشروط ، نعم إذا كان المجهول هو الجزء فهو يمنع عن صحّة البيع لاستلزامه الجهل بالمبيع وهذا بخلاف الجهل بالشرط فإنّه لا يستلزم الجهل بالمبيع . وهذا هو التفصيل الذي ذكره العلّامة (قدّس سرّه) وأورد عليه جامع المقاصد بأنّ التغيّر في اللفظ وذكر المجهول بلفظ الجزئية أو الشرطية لا يثمر في صحّة البيع وبطلانه ، وقد اختار شيخنا الأُستاذ[1] هذا التفصيل وذكر أنّ التابع بمعنى الشرط لا يوجب الجهل به بطلان المعاملة للعلم بكلّ واحد من الثمن والمثمن ولا يشترط في البيع أزيد من العلم بهما .

الثاني : الفرق بين التابع العرفي وغيره فلا مانع من الجهل بالتابع العرفي ولا يمنع عن صحّة البيع في المتبوع . وفيه : أنّه إن أُريد بالتابع ما ذكرناه من الاشتراط الذي هو أحد القسمين المتقدّمين فهو راجع إليه وليس تفصيلاً آخر في قباله بل إنّما هو توضيح وبيان لموارد اشتراط العقلاء وعدمه ، وأنّ اشتراط الدخول في أي مورد دون مورد آخر فلا يصحّ عدّه تفصيلاً في مقابله ، وقد عرفت أنّ التابع بهذا المعنى خارج عن محلّ الكلام لعدم الغرر فيه ، وإن أُريد بالتابع العرفي غير ذلك فلم أتحصّل له معنى صحيحاً ، لما عرفت من أنّ الشيء المغاير للمبيع لا معنى لدخوله فيه إلّا على نحو الجزئية أو الشرطية .

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤١٠ .

الثالث : أنّ التابع بمعنى ما لا يكون متعلّقاً للغرض ، ففي مثله لا تمنع الجهالة عن صحّة بيع متعلّق الغرض ، بمعنى أنّ الغرض إذا كان متعلّقاً بالمعلوم فالبيع صحيح وإن كان الخارج عن الغرض مجهولاً وبالعكس في العكس .

وفيه : أنّه إن اُريد بالغرض الغرض الشخصي فهو لا مدخلية له في الغرر وعدمه ، فربما يكون متعلّق الغرض أمراً غررياً كما إذا تعلّق غرضه بفلز أعمّ من الحديد والذهب والفضّة والنحاس فإذا اشترى الفلز مع الجهل بأنّه من أيّها فلا محالة تكون المعاملة غررية فهي توجب البطلان ، فكون الغرض الشخصي مناطاً في المسألة لا يدفع الغرر واحتمال اعتباره واضح الفساد .

وإن اُريد بالغرض الغرض النوعي فإن كان ذلك بمعنى أنّ العقلاء ونوع الناس لا يعتبرون العلم بما هو خارج عن متعلّق الغرض لقلّته ويتسامحون فيه لعدم الاعتداد به كما في المسامير والأسماك القليلة عند ابتياع قصب الأجمة فهو وإن كان صحيحاً لأنّ الجهل في مثله لا يوجب الغرر كما عرفت إلّا أنّه راجع إلى الاشتراط المتقدّم .

وإن اُريد به أنّ المناط إنّما هو كون المتعلّق للغرض النوعي معلوماً ولو كان المجهول والخارج عن متعلّق الغرض مقداراً كثيراً ولعلّه أزيد من المعلوم فهو أمر غرري ولابدّ من العلم بمقدار المجهول حينئذ لاحتمال أنّ الأسماك في الأجمة المبيعة أكثر وأزيد قيمة من نفس الأجمة وهو أمر خطري .

الرابع : هو ما ذكره صاحب الجواهر [١] والمحقّق الأردبيلي [٢] من أنّ المناط هو تعلّق البيع وإيقاعه ، فإن أوقع المعاملة والبيع على المعلوم فهو صحيح وإن كانت

---

(١) الجواهر ٢٢ : ٤٤٥ .

(٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٨٥ ـ ١٨٦ .

الضميمة مجهولة ، وإن أوقعها على المجهول فهو باطل ولو كانت الضميمة معلومة .

وفيه : أنّا لم نتحصّل له معنى محصّلاً ، وذلك لما عرفت من أنّ التابع إنّما يتحقّق بالجزئية والشرطية ولا معنى محصّل للتابع في غيرهما ، ولا اعتبار في إيقاع البيع على المعلوم أو المجهول ، وكيف كان فشيء من الأُمور المحتملة في المقام لا يصلح للتكلّم فيه إلّا الوجه الأول الذي ذكره العلّامة (قدّس سرّه) واختاره شيخنا الأُستاذ .

والإنصاف أن يفصّل في ذلك أيضاً ، لأنّ مدرك اعتبار العلم بالمبيع إن كان قوله (عليه السلام) « نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر »[1] فلا يفرق الحال بين الجهل بالمبيع والجهل بالشرط ، لأنّ الجهل بالشرط وإن لم يستلزم الجهل بالمبيع إلّا أنّ البيع بهذا الشرط غرري لأنّه التزام في التزام وهو مجهول غرري وهو باطل وإن ناقشنا في دلالة ذلك وسنده كما ناقشنا في محلّه وقلنا إنّ المدرك في مانعية الجهل هو الإجماع فلا إجماع على البطلان فيما إذا كان المجهول هو الشرط مع العلم بكلّ واحد من الثمن والمثمن وإنّما الإجماع قام على بطلان المعاملة التي يكون المبيع أو الثمن مجهولاً فيها والمفروض أنّهما معلومان في المقام ، وعليه يتمّ ما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) من التفصيل في كون المجهول هو الشرط أو الجزء .

الكلام في الإندار

لا إشكال في جواز الاندار في الجملة ، وإنّما وقع الكلام في بعض الخصوصيات والأقوال في المسألة كما ذكرها شيخنا الأنصاري[2] ستّة ، فذهب بعضهم إلى جواز الأندار فيما إذا كانت العادة جارية على الاندار فيه سواء علم الزيادة أو النقيصة أم لم

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٢١ ـ ٣٢٢ .

يعلم ، وآخر إلى جوازه بشرطين : جريان العادة على الاندار فيه وعدم العلم بالزيادة . وثالث إلى ذلك بعطف عدم العلم بالنقيصة إليه بمعنى اشتراطه بالعادة وبعدم العلم بالزيادة أو النقيصة ، ورابع إلى جواز الاندار فيما يحتمل فيه الزيادة وأمّا مع العلم بالزيادة فاشترط فيه التراضي ، وخامس إلى جوازه فيما يحتمل فيه الزيادة وأمّا مع العلم بالزيادة أو النقيصة فالتراضي وهذا هو الذي نسبه المحقّق الثاني(١) إلى كلّ من لم يذكر النقيصة ، والحقّ معه (قدّس سرّه) إذ لا يحتمل أن يكون للعلم بالزيادة خصوصية تميّزه عن العلم بالنقيصة ، إذ الظاهر أنّ كليهما ممّا لابدّ فيه من تحصيل التراضي كما هو ظاهر ، والقول السادس هو ما ذهب إليه كاشف الغطاء (قدّس سرّه)(٢) من أنّ الجواز منوط بعدم الغرر وإلّا فلا يفيد التراضي على المعاملة الغررية صحّتها كما لا يخفى ، هذا .

والظاهر أنّ مورد الأقوال الستّة مختلف وأنّ النفي والإثبات فيها غير واردين على مورد واحد ، وذلك لأنّ في المقام مسألتين قد اختلطت إحداهما بالأُخرى كما يظهر من مطاوي كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وعليه فلابدّ من تحريرهما على نحو يتّضح الحال في المقام فنقول : إنّ الاندار تارة يقع بعد تحقّق المعاملة صحيحة وفي مقام الوفاء بالحقّ وهذا كما إذا باع دُهناً في ظرفه على أنّ كل رطل منه بدرهم فتحقّقت المعاملة على وجه صحيح من دون حاجة إلى الاندار في صحّتها ، وذلك لما ذكرناه في بيع الصبرة من أنّ بيع كل رطل منها بدرهم صحيح ولا غرر فيه بوجه ، أو باعه منضمّاً إلى شيء معلوم وبنينا على صحّة بيع المجهول عند ضمّه إلى معلوم وكيف كان فقد أوقعنا المعاملة صحيحة بلا حاجة إلى الاندار ، إلّا أنّا احتجنا إليه في

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ١١٥ .

(٢) شرح القواعد (مخطوط) : ٩٧ .

مقام الوفاء بحقّ البائع وأنّ المبيع أي مقدار ليأخذ البائع في مقابل كلّ رطل منه درهماً ، ففي هذه الصورة إذا أندر البائع مقداراً للظرف علمنا بزيادته عن وزنه فمعناه أنّ البائع وهب مقداراً من المبيع إلى المشتري ، كما أنّه إذا أندر المشتري مقداراً أقل من وزن الظرف في مقام الأداء فمعناه أنّه وهب للبائع مقداراً من الثمن ، وكيف كان فإذا رضيا بإندار الأقل أو باندار الزائد لا مانع من صحّته ولا يأتي في ذلك اشتراط عدم الغرر بوجه ، إذ المفروض أنّ البيع وقع صحيحاً والاندار في مقام الأداء والايفاء بالحقّ ، ولا مانع من جواز اندار الزيادة أو النقيصة مع تراضي المالكين لأنّ مرجعه إلى هبة شيء من المبيع أو الثمن ولعلّه ظاهر . نعم يأتي في هذه الصورة اشتراط التراضي لا محالة ، ولم يظهر لنا وجه ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] من أنّ ذلك يوجب الجهل بمقدار المبيع وذلك لما عرفت من أنّ المفروض أنّ المعاملة وقعت صحيحة والاندار في مقام الأداء فإذا رضي البائع بالزيادة فهو هبة منه مقداراً من المبيع كما عرفت ، هذا فيما إذا رضيا باندار القليل أو الكثير .

وأمّا إذا لم يرض البائع بمقدار الاندار ولم يرض المشتري باندار القليل ، فإن كان الظرف ممّا تعارف فيه الاندار بمقدار معلوم ، وكانت العادة تجري على إندار هذا المقدار ، وكان البائع والمشتري عالمين بالعادة والمتعارف بين المتعاملين فلابدّ من إخراج المقدار الذي جرت عليه العادة ، لأنّ إخراجه شرط ضمني ارتكازي فلا حقّ للبائع ولا للمشتري أزيد من المقدار المتعارف حينئذ .

وإذا فرضنا اختلاف العادة في الظرف أو عدمها أو عدم علم المشتري أو البائع بما هو المتعارف ولم يرض كلّ منهما بما رضي به الآخر فلا محالة تنتهي النوبة إلى الأصل ، لأنّ الأصل أنّ المشتري لا يجب عليه الأداء في غير المقدار المتيقّن من

---

(١) منية الطالب ٢ : ٤١١ .

الثمن ، والأصل عدم استحقاق البائع أزيد من المقدار المتيقّن منه ، فعلى المشترى أن يدفع المقدار المتيقّن والرجوع في الزائد منه إلى الأصل وهو يقتضي عدمه ، هذا كلّه فيما إذا وقعت المعاملة صحيحة في حدّ نفسها وإنّما احتجنا إلى الإندار في مقام الأداء والإيفاء بحقّ البائع من الثمن ، وقد عرفت أنّ اشتراط عدم الغرر أو عدم العلم بالزيادة والنقيصة لا يجري حينئذ .

وأُخرى يحتاج إلى الاندار في تصحيح البيع والمعاملة ، وذلك كما إذا باع دهناً في ظرفه ولم يعلم أنّ المبيع أيّ مقدار ، وفي مثله لابدّ من الاندار للظرف حتّى يعلم مقدار المبيع وتصحّ المعاملة الواقعة عليه ، ويأتي في هذه الصورة اشتراط الاندار على نحو يدفع الغرر ، ولا يفيد التراضي على إندار مقدار معيّن لا يعلم زيادته أو نقصيته لأنّه عين التراضي على الغرر وهو لا يوجب صحّة المعاملة الغررية .

والوجه في اشتراط عدم الغرر ظاهر وذلك لأنّ العلم بالمبيع شرط في صحّة البيع كما مرّ والمفروض أنّ مقداره مجهول في المقام ، وكون مقداره مع الظرف معلوماً لا يوجب العلم بمقدار المبيع لأنّه نظير ما إذا كان وزن المبيع مع الحجر الموجود في الدار معلوماً للبائع حيث إنّه لا يوجب العلم بمقدار المبيع ولا يحتمل أن يكون للظرف وكونه فيه مدخلية في عدم اعتبار العلم بمقدار المبيع بأن يقال إنّ المبيع لو لم يكن في ذلك الظرف كان العلم بوزنه شرطاً في المعاملة إلّا أنّه لمّا كان في ظرفه كان العلم بمجموعهما كافياً في صحّته وإن لم نعلم مقدار نفس المبيع ، وذلك لبداهة أنّ كلّ دهن له ظرف لا محالة وكيف يمكن إلغاء اعتبار العلم بالوزن في المبيع من جهة كونه في الظرف ، وقد عرفت أنّ العلم بمجموعهما نظير العلم بوزن مجموع المبيع والحجر الموضوع بجنبه .

فالمتحصّل : أنّه لابدّ من العلم بوزن المبيع حتّى تصحّ المعاملة فلا محالة يشترط في ذلك انتفاء الغرر ، نعم لو كانت هناك عادة جارية في الظرف وإنداره

بمقدار معيّن كما كان النفط من هذا القبيل سابقاً حيث كانوا يضعون من كل تنكة من النفط حقّة لظرفه كانت العادة طريقاً إلى وزن المبيع وبذلك يرتفع الغرر لا محالة .

وممّا ذكرناه في المقام يظهر أنّ الأخبار الواردة في المقام على طبق القاعدة لأنّ المتعارف في المعاملات هو الاندار في مقام الأداء فمعمّر الزيّات[1] كان يشتري الزيت في زقاقه وكان يحسب عليه النقصان والاندار لمكان الظرف والزقاق في مقام الأداء فنهاه (عليه السلام) عن الاندار فيما إذا زاد ، والوجه في نهيه (عليه السلام) أنّ البائع الذي هو الواسطة بين المشتري ومالك الزيت كأهل القرى والبادية ربما كان يحسب في مقام الاندار مقداراً زائداً على وزن الزقاق تخفيفاً للمشتري بلا رضا مالكه أو علمه فلذا نهاه عن ذلك ، وكذا إذا كان يحسب الناقص عن وزنه تخفيفاً ومساعدة للمالك بلا رضا المشتري ، وأمّا إذا كانا راضيين على الزائد أو الناقص فلا يحتمل أن يكون ذلك منهياً عنه في الرواية بوجه ، لأنّ هبة البائع مقداراً من المبيع أو هبة المشتري مقداراً من الثمن غير منهي عنهما في الشريعة المقدّسة كما عرفت ، نعم فيما إذا لم يتراضيا على الزيادة أو النقيصة فلا يصحّ كما أشرنا إليه فراجع .

وتوضيح ما ذكرناه في هذه الرواية : أنّ الرواية ظاهرة في الاندار في مقام الأداء والإيفاء سيّما بعد ملاحظة الفاء في قوله إنّا نشتري الزيت في زقاقه فيحسب لنا النقصان الخ حيث إنّه كالصريح في أنّ الاندار والحساب بعد تحقّق الشراء والبيع وأنّه إنّما يحسب عليه في مقام الأداء ومقتضى القاعدة عند الاندار بعد البيع واحتسابه في مقام الأداء هو الصحّة مع التراضي سواء علم بالزيادة أو النقيصة أو احتملهما ، كان غررياً أم لم يكن ، جرت عليه العادة أو لم تجر ، وعليه فلابدّ من الحكم في الرواية بالصحّة على تقدير التراضي وبعدمها والرجوع إلى العادة أو

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٧ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٠ ح ٤ .

الأصل على تقدير عدم التراضي .

وأمّا وجه حكمه (عليه السلام) بالجواز فيما احتمل الزيادة في تقدير الزقّ والنقصان وبعدمه عند العلم بالزيادة ، فهو أنّه إذا احتملنا الزيادة في التقدير تارةً والنقيصة فيه أُخرى الذي هو المتعارف في التخمينات والتقديرات لأنّها تارةً تزيد وأُخرى تنقص على وجه يتسامح فيه في العرف ففي مثله يكون المالك والمشتري راضيين بالتقدير لا محالة لأنّه المتعارف حسب الفرض ، وهذا بخلاف ما إذا كان التقدير زائداً على وزن الظرف دائماً فإنّه على ضرر المالك وهو لا يرضى به عادةً وقد عرفت أنّ الرواية ناظرة إلى ما هو المتعارف في الخانات والأسواق من أنّ مالك المتاع كأهل البادية والقرى لا يباشرون البيع والشراء وإنّما يباشرهما الدلّال وهو وكيل من قبل المالك في البيع ، ثمّ إنّ هنا شخصاً آخر غير الدلّال المباشر للبيع وهو يباشر المحاسبة والاختيار بيده في الحساب فربما يحسب النقصان وأُخرى الزيادة وبما أنّه ليس مالكاً للمتاع ولا وكيلاً من قبله في الاحتساب فلذا لم يعتن الإمام (عليه السلام) بحسابه الزيادة دائماً ومنعه عن الارتكاب من جهة عدم رضا المالك بتلك الزيادة ، وعليه فالرواية مطابقة لما تقتضيه القاعدة في المقام .

وممّا ذكرناه في المقام ظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من أنّ الرواية ظاهرة في رضا المالك بالزيادة لأنّ المباشر إمّا هو المالك أو وكيله ورضاهما يكفي في صحّة المعاملة ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما مرّ من أنّ المتعارف أنّ المباشر هو الدلّال وهو وكيل من قبله في البيع دون الحساب والمتصدّي للحساب شخص ثالث وهو غير وكيل من قبل المالك ، فالرواية إمّا مطلقة من حيث رضا المالك وعدمه فتقيّدها الروايات المصرّحة بالصحّة عند التراضي وعدمها عند عدمه ، وإمّا

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٢٧ .

ظاهرة في عدم رضا المالك كما ذكرناه ، هذا تمام الكلام في أصل المسألة .

ثمّ إنّه إذا ظهر الخلاف وانكشف أنّ التقدير في الزقّ والاندار كان مخالفاً للواقع ، فحينئذ إذا كان الاندار في مقام تصحيح البيع والمعاملة لا في مقام الأداء بعد إيقاع المعاملة فهو نظير المسألة المتقدّمة في بيع الصبرة على أنّها كذا مقداراً من الوزن ثمّ ظهر أنّها أقلّ أو أزيد عن المقدار الذي وقع عليه البيع بعينه لأنّه في المقام قد اشترى دهناً على أنّ كل رطل منه بكذا وأنّه كذا أرطال ثمّ ظهرت الزيادة أو النقيصة فيه فراجع .

وأمّا إذا كان الاندار في مقام الأداء دون البيع ثمّ ظهر التخلّف في المقدار المندر ، فإن كان الاندار في المقدار بالتراضي من البائع والمشتري فلا خيار لأحدهما ولا شيء آخر ، والمعاملة صحيحة بلا رجوع أحدهما إلى الآخر ، إذ المفروض أنّ كل واحد من المتبايعين راضٍ بالمقدار الخارج ، فإن كان المقدار المندر أزيد من المقدار الواقعي فالبائع وهب تلك الزيادة من المبيع للمشتري ، وإن كان المندر أنقص فالمشتري وهب مقداراً من الثمن إلى البائع فلا يرجع أحدهما إلى الآخر بوجه .

وأمّا إذا كان المقدار المندر غير مبنيّ على المراضاة بل من جهة جريان العادة على إندار ذلك المقدار المندر في مثله مع علم المتبايعين بالعادة فكذلك لا يرجع أحدهما إلى الآخر ولا خيار في البين ، لأنّ إندار المقدار مشروط بالشرط الضمني الحاصل ببناء العرف والعقلاء والمفروض أنّهما أقدما على الاندار والمعاملة مع العلم بالحال ، فهما راضيان بالاندار المفروض لا محالة فلا رجوع في البين .

وإذا فرضنا أنّهما غير راضيين بالمقدار المندر ولا العادة جرت على إنداره وإنّما حكمنا على المشتري بوجوب دفع المقدار المتيقّن لأصالة عدم وجوب دفع الزائد على المقدار المقطوع ثمّ انكشف الخلاف وظهر أنّ وزن الظرف في الواقع أزيد

أو أنقص من ذلك المقدار المندر بالأصل فلا خيار في البين أيضاً ، بل إن كان المندر أزيد من المقدار الواقعي كان المشتري ضامناً للزيادة للبائع ، كما أنّه إذا كان أنقص فالبائع يضمن المقدار الناقص للمشتري مع أنّ المعاملة صحيحة ولا خيار في البين . فتحصّل أنّ الخيار إنّما يثبت بظهور التخلّف فيما إذا كان الاندار في مقام البيع دون مقام الأداء كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في بيع المظروف من دون ظرفه .

الكلام في بيع المظروف وظرفه على نحو المجموع

نسب إلى فقهائنا (رضوان الله عليهم) جواز بيع المظروف في ظرفه بنحو الاجتماع وإن لم يعلم وزن كل واحد منهما ، للاكتفاء بالعلم بوزن المجموع ، وإن خالف فيه بعضهم . وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المظروف إن كان ممّا يجوز بيعه باندار مقدار ظرفه وإن استلزم ذلك الجهل بمقدار المظروف كما في المسألة المتقدّمة فلا مانع من بيعه بضمّ ظرفه إليه ، لأنّ ضمّ الظرف إلى المظروف لا يمنع عن جواز بيع المظروف حينئذ لأنّه لا يوجب ارتفاع شرط ولا إيجاد مانع ، إذ المفروض صحّة بيع المظروف بتجرّده مع الجهل بمقداره بعد الاندار ، وبضمّ ظرفه إليه لا ينقلب المظروف عن الجهالة والمفروض جواز بيعه مع الجهل بمقداره ، وكيف كان فضمّ ظرفه إليه حينئذ نظير ضمّ غيره من الأشياء إليه وذلك ظاهر .

وأمّا إذا كان المظروف ممّا لا يجوز بيعه مع الجهل بوزنه فلا يجوز بيعه بضمّ ظرفه إليه وبيع مجموعهما فيما إذا استلزم الغرر ، وهذا كما إذا كان هناك سبيكة ذهب مردّدة بين أن تكون مائة مثقال وبين أن تكون ألف مثقال وكان هناك سبيكة أُخرى من فضّة مردّدة بين أن يكون ألف مثقال أو ألف وتسعمائة مثقال ولكنّا علمنا بمقدار

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٣٣ .

مجموع السبيكتين وأنّهما ألفا مثقال ، فإمّا أنّ الفضّة ألف وتسعمائة مثقال والذهب مائة مثقال ، أو أنّ كلّ واحد منهما ألف مثقال ، وفي مثل ذلك لا يكفي العلم بوزن المجموع منهما وبيعهما بكذا لأنّه غرر ظاهر للجهل بمقدار كلّ واحد من الجزأين وهذا يوجب اللوم من العقلاء واستحقاق الذمّ منهم .

وأمّا إذا لم يكن هناك غرر فلا مانع من بيعهما فيما إذا علمنا بوزن المجموع وإن جهلنا مقدار كلّ واحد منهما ، وهذا كما إذا كان هناك مقدار من الرصاص مردّد بين الألف والمائة وكان مقدار آخر من الصفر مردّد بين الألف والألف وتسعمائة وعلمنا أنّ مقدارهما معاً هو الألفان وفرضنا قيمة الرصاص والصفر متساويين فإنّ العلم بوزن المجموع يكفي في صحّة البيع حينئذ لعدم اشتراط العلم بمقدار كلّ واحد من أجزاء المبيع وإنّما يشترط العلم بوزن مجموعها ، فلذا نرى أنّهم يبيعون الأُرز والماش بكذا ويكتفون بالعلم بوزن المجموع منهما وإن كان وزن كلّ واحد منهما مجهولاً وهذا متداول بين الناس كما هو ظاهر .

ثمّ تعرّض (قدّس سرّه) لما إذا كان أحد الموزونين ممّا يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع لأجل الاندار دون الموزون الآخر ومثّل له بما إذا باع الفضّة مع الشمع وقلنا بجواز بيع الأواني المصوغة من الفضّة أو الذهب لأنّ المحرّم هو استعمالهما لا بيعهما ، وحينئذ فيكفي في صحّة بيع الفضّة العلم بوزن المجموع منها ومن الشمع المنصوب فيها ، لأنّهم يتسامحون في مقدار الشمع الذي هو مثقال أو أقل أو أكثر وهذا بخلاف بيع الشمع فيما إذا كان مجهولاً في حدّ نفسه ولا يكتفون فيه بالعلم بمقدار المجموع منه ومن غيره ، فأفاد أنّ الشمع إذا فرضناه تابعاً في المثال فلا تضرّ جهالته هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ الظرف إذا لم يكن من الموزون فلا يمكن القول بجواز البيع للاكتفاء بالعلم بوزن المجموع من المظروف الموزون وظرفه غير الموزون

كما إذا كان المظروف سمناً وظرفه من الخزف والسفال، بل لابدّ في صحّة بيع المظروف من العلم بمقداره ولو بالاندار لظرفه بمقدار المعتاد أو المطمأن بكونه كذا مقدار، وذلك لوضوح أنّ المكيل والموزون لابدّ من العلم بوزنه، ولا فائدة في العلم بوزن المجموع منه وممّا هو من المعدود أو غيره ممّا هو خارج عن الموزون كما إذا علمنا بوزن مقدار من الأُرز وكتاب الرسائل فإنّه لا يكفي في صحّة بيع المجموع بوجه، فلا محيص في مثله من الاندار للظرف ثمّ بيعهما معاً فيما إذا أراد بيع كلّ واحد من الظرف والمظروف.

وبيع المجموع منهما كما ذكره شيخنا الأنصاري يتصوّر على وجهين:

فتارة يندر للظرف كذا مقدار فبعد تعيين المظروف بذلك وأنّه خمسة أمنان مثلاً يبيع المجموع من المظروف والظرف معاً بعشرة دنانير على أن يكون كل منّ من المظروف بدينار ونصف، وحينئذ فيصير مجموع قيمة المظروف سبعة دنانير ونصف لأنّه خمسة أمنان ويكون قيمة الظرف دينارين ونصف دينار، وأُخرى بعد الاندار يبيع المجموع بعشرة دنانير من غير تعيين لقيمة المظروف.

وهاتان الصورتان وإن كانتا مشتركتين في الحكم بالصحّة مع الاندار والفساد بدونه إلّا أنّ الفرق بينهما يظهر فيما إذا ظهر الظرف مستحقّاً للغير، فإنّه على الأوّل يرجع المشتري إلى البائع بدينارين ونصف دينار لأنّه قيمة الظرف على المفروض، وأمّا على الثاني فلا تعيين لقيمة كلّ واحد من المظروف وظرفه بل لابدّ من أن يقوّم كلّ واحد منهما بحسب القيمة المتعارفة ثمّ يجمع بين القيمتين ويعلم أنّ المجموع كذا مقداراً ثمّ يلاحظ نسبة قيمة الظرف إلى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن المسمّى بتلك النسبة كما هو الحال في غيره من موارد الجهل بالقيمة. فالمتحصّل أنّ بيع المجموع فيما إذا كان الظرف خارجاً عن الموزون باطل إلّا فيما أُندر للظرف مقدار يطمأن به بحسب العادة.

وأمّا إذا كان الظرف أيضاً من الموزون كالمظروف فالظاهر أنّ العلم بمقدار المجموع منهما يكفي في صحّة المعاملة مطلقاً ولا نتصوّر في ذلك مورداً يستلزم الغرر في المعاملة ، وذلك لأنّ المراد بالغرر على تقدير اعتبار عدمه إنّما هو الجهل بذات المبيع من أنّه موجود أو معدوم والجهل بأوصافه التي لها دخل في قيمته كالأوصاف النوعية من الإنسانية والحيوانية ، ولابدّ في المعاملة من العلم بأنّ المبيع موجود أو معدوم وأنّه عبد أو شاة وهذا هو معنى الغرر كما ذكرناه سابقاً ، وأمّا العلم بأنّ قيمة المبيع مطابقة للقيمة السوقية أو أقلّ منها فلا يعتبر في صحّة المعاملة بوجه ، مثلاً إذا اشترى الذهب بقيمة أنقص من قيمة الذهب في السوق فلا يحتمل أن تكون المعاملة غررية وباطلة غاية الأمر أنّ البائع له الخيار فيما إذا لم يسقطاه في المعاملة ولا نظنّ فقيهاً يلتزم بالبطلان في المثال ، وعليه فإذا فرضنا سبيكة ذهب مجهولة المقدار في ظرف من فضّة لا نعلم بمقدارها أيضاً ولكن نعلم أنّ مجموعهما أربعون مثقالاً فبعناهما على أنّ كل مثقال من المجموع بدرهم فلا يمكن الخدشة في صحّة المعاملة حينئذ ولو مع كون قيمة الذهب أكثر منه في السوق ، وقد أشرنا في بيع الصبرة إلى أنّ بيع الصبرة المجهولة المقدار على أنّ كلّ صاع منها بكذا صحيح ، لأنّ المفروض أنّه يكيلها ويوزنها ، نعم لا يعلم المشتري أنّها أيّ مقدار وصاع ولكنّه سيعرفه بعد وزنها ، ومن الظاهر أنّ الذهب إذا كان منفرداً في كيس ولم نعلم بوزنه أيضاً ولكن بعنا مجموع ما في الكيس على أنّ كل مثقال منه بدرهم لم يكن مانع عن صحّته للعلم بذات المبيع ووصفه ، وكون الثمن مطابقاً للقيمة السوقية غير لازم فالمعاملة صحيحة .

وكذا فيما إذا كانت الفضّة منفردة صحّ بيعها على أنّ كلّ مثقال منها بكذا مع الجهل بمقدار مجموع الفضّة في الكيس ، وعليه فلا يحتمل أن يكون بيع كلّ واحد من الذهب والفضّة معاً غير صحيح بعد فرض صحّة البيع في كلّ واحد منهما .

فالمتحصّل : أنّه إذا باع السبيكة الذهبية في ظرف من الفضّة المجهول مقدار كلّ واحد من الذهب والفضّة والمعلوم وزن المجموع منهما على أنّ كل مثقال منهما بكذا لا يلزم فيه غرر بوجه ، وعليه فلا وجه لتفصيل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام بين استلزام البيع الغرر وعدمه ، إذ لا نجد مورداً يكون البيع فيه غررياً .

الكلام في التفقّه في مسائل الحلال والحرام المتعلّقة بالتجارات

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقّه في المسائل المتعلّقة بالتجارات حتّى لا يقع في الفاسد والمحرّم منها ، ثمّ حاول (قدّس سرّه) توجيه الاستحباب الظاهر من كلام الشيخ (قدّس سرّه) .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ تحصيل العلم بالأحكام تارة يكون واجباً من جهة حفظ الأحكام عن الاندراس ولأجله يجب تحصيل العلم بالمسائل التي لا يبتلى بها ذلك العالم المحصّل لها ، مثلاً يجب عليه تحصيل العلم بمسائل الحجّ مع القطع أو الاطمئنان بعدم حصول الاستطاعة له أو تحصيل الأحكام المتعلّقة بالنساء مع أنّه لا يبتلى بها ، وهكذا في غيرها من الأحكام لأجل التحفّظ عن الاندراس . والوجوب في هذا المقام كفائي فيجب معرفة الأحكام على كلّ واحد من الناس على نحو الكفائي ، فلو قام به مَن به الكفاية في معرفة الأحكام بل تدريسها وتعليمها فضلاً عن تعلّمها لسقط عن غيره لا محالة .

والدليل على وجوب التعليم والتعلّم في الأحكام قوله تعالى : ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٣٧ .

كُلِّ فِرْقَةٍ﴾ الآية[١]، فإنّها أوجبت التفقّه في الدين على بعضهم دون جميعهم، هذا . ثمّ إنّ الامتثال لهذا الواجب الكفائي لا يمكن إلّا بالاجتهاد لأنّه الذي يمنع عن اندراس الأحكام ولا يكفي فيه التقليد بوجه بل يجب الاجتهاد في جميع الأحكام الشرعية وتعليمها على نحو الواجب الكفائي .

وأُخرى يجب معرفة الأحكام ووسائل الحلال والحرام من جهة عمل نفسه ووظيفته لا من جهة حفظها عن الاندراس ، وعليه فيجب عليه تحصيل العلم بالأحكام والمسائل التي يحتمل ابتلاءه بها عادة ، لتنجّز الأحكام بالعلم الاجمالي بوجودها ، وعليه فلو قصّر في تحصيل العلم بالأحكام وارتكب وصادف المحرّم الواقعي يعاقب عليه لا محالة ولو كان حين الارتكاب غافلاً لتقصيره في المقدّمات .

نعم ، هناك كلام في أنّ العقاب هل هو على مخالفة الحكم الواقعي المجهول أو على مخالفة الأمر بالتعلّم وترك تحصيل المعرفة بالأحكام ، وقد ذهب الأردبيلي[٢] إلى الثاني والمشهور إلى الأول ، وقد تعرّضنا للخلاف وبيّنا الصحيح منهما في الأُصول[٣] فلا نعيد .

وكيف كان ، فالوجوب في هذا المقام عيني ، ولكنّه إنّما يجب في المسائل التي يحتمل ابتلاءه بها عادة لا في جميع الأحكام ولو لم تكن راجعة إليه كمسائل الحجّ مع القطع بعدم حصول الاستطاعة له أو مسائل الزكاة على البقّالين مع اطمئنانهم بعدم حصول النصاب في الزكاة عندهم ، وكذا مسائل النساء للرجال أو العكس فإنّ تعليمها وتعلّمها ليس واجباً على من يطمئن بعدم الابتلاء بها .

---

(١) التوبة ٩ : ١٢٢ .

(٢) مجمع الفائدة ٢ : ١١٠ .

(٣) مصباح الأُصول ٢ : (الموسوعة ٤٧) : ٥٧٣ .

ثمّ إنّ تحصيل العلم والمعرفة بالأحكام أعمّ من معرفتها على نحو الاجتهاد والتقليد، فالمتعيّن عليه هو المعرفة وأمّا الاجتهاد فلا كما هو أوضح من أن يخفى.

فالمتحصّل أنّ المقصّر في تحصيل المعرفة في الأحكام الشرعية معاقب على تقدير مصادفته الحرام واقعاً، ويجب عليه تحصيل العلم والمعرفة قبل ذلك بمجرد احتمال الابتلاء بها بحسب العادة. ثمّ إنّ هذا الوجوب حكم عقلي من جهة دفع الضرر والعقاب المحتمل، هذا كلّه في كبرى المسألة.

وأمّا في خصوص المقام ففيه مزية خاصّة على غيره من المقامات فإنّه في سائر المحرّمات إذا قصّر في تحصيل المعرفة فلا يترتّب عليه إلّا العقاب على تقدير ارتكابه الحرام واقعاً، وأمّا في المقام فمضافاً إلى ترتّب العقاب في المحرّمات التكليفية من المعاملات يترتّب عليه أي على عدم معرفة الأحكام عدم جواز التصرف في شيء من المثمن أو الثمن، لاستصحاب عدم انتقال المثمن من ملك مالكه إلى المشتري، وكذا الثمن بالنسبة للبائع فلا يجوز للمشتري التصرف في المثمن لاحتمال عدم الانتقال إليه ولا في الثمن لاحتمال صحّة المعاملة بحسب الواقع وانتقاله إلى البائع ولا يجري استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لكون الشبهة حكمية قبل الفحص وإنّما كان يجري استصحاب عدم انتقال المثمن إليه لكونه موافقاً للاحتياط فيجري قبل الفحص، وعليه فالنهي في صورة الجهل في المعاملات عقلي من جهة دفع احتمال العقاب وشرعي من جهة الاستصحاب، وهذا بخلاف سائر المقامات فإنّ النهي فيها عقلي فقط، هذا كلّه في هذه الصورة.

وثالثة تكون معرفة الأحكام مستحبّة شرعاً لا واجباً كفائياً ولا عينياً، وهذا كما في الموارد التي يطمئن بعدم ابتلائه بها ولكنّه يحتمل الابتلاء بعيداً كالعراقي الذي لا شغل له بخارج العراق كبلاد أُروبا إلّا أنّه يحتمل المسافرة إليها بعيداً فيتعلّم أحكام القبلة في تلك البلاد وأنّها إذا اشتبهت ماذا يصنع المكلّف بالصلاة، أو أنّ المياه

الموجودة في الأنابيب غير المعلوم اتّصالها بالكرّ طاهرة أو محكومة بالنجاسة وعليه فتكون معرفة تلك الأحكام مستحبّة لاطلاق روايات الاحتياط مثل «أخوك دينك فاحتط لدينك»(١) فالمتحصّل أنّ معرفة الأحكام تجب بالوجوب الكفائي تارةً وبالوجوب العيني أُخرى وتتّصف بالاستحباب ثالثة، هذا.

ثمّ إنّهم ذكروا أنّ الروايات(٢) الدالّة على طلب الاكتساب والمعاملة متعارضة مع الروايات الدالّة على طلب العلم وتحصيله، ومن ثمّة جمع صاحب الحدائق(٣) بينهما بتخصيص أدلّة الاكتساب بالأدلّة الدالّة على طلب العلم، وأنّ ما دلّ على طلب الاكتساب مختصّ بغير طالب العلم، هذا.

ولا يخفى أنّ هذا الجمع وتخصيص أدلّة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم ممّا لا وجه له بحسب مقامي الثبوت والاثبات. أمّا بحسب مقام الثبوت، فلأنّ طالب علم إذا لم يزاحمه الاشتغال بالاكتساب كما إذا كان حَسن الخط جدّاً بحيث يباع كل سطر منه بدينار في السوق من دون أن يكون كتابة سطر واحد مزاحماً لتحصيله في كل يوم فلا مانع من أن يكتسب بذلك الكسب الحلال ويكتب سطراً في كل يوم ويتعيّش به ويشتغل بتحصيل العلوم والكمالات أيضاً فإنّه أحسن من طلب العلم من دون اكتساب لأنّه عليه يجمع بين كلّ واحد من الفضيلتين، فلا يحتمل في مثله أن يقال إنّ طلب الاكتساب غير مستحبّ في حقّه، هذا في مقام الثبوت.

وكذلك الحال في مقام الاثبات، إذ لم يرد دليل على تخصيص أدلّة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم فلا وجه له بوجه ولا شاهد عليه أصلاً، هذا.

---

(١) الوسائل ٢٧ : ١٦٧ / أبواب صفات القاضي ب١٢ ح٤٦.

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٨١ / أبواب آداب التجارة ب١.

(٣) الحدائق ١٨ : ٩ ـ ١٠.

ثمّ إنّه ذكر الأخبار الدالّة على أنّ الله تكفّل لطالب العلم برزقه ولا يجوز له الاتّكال على الأسباب الظاهرية بل عليه أن يتوكّل على الله ثمّ استشهد عليه بكلام الشهيد الثاني (قدّس سرّه) في آداب تحصيل العلم وأيّده بروايات أُخرى وردت في عدم جواز الاتّكال على غيره تبارك وتعالى.

ولكن الصحيح كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ هذه الأخبار وكلام الشهيد كلّها أجنبية عن المراد ولا يكون ذلك قرينة على تخصيص أدلّة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم، لأنّ التوكّل على الله وعدم الاتّكال على غيره لازم على جميع الناس ولا يختصّ به طالب العلم وإن كان مراعاته في حقّه أولى من غيره، والاكتساب لا ينافي التوكّل على الله ولذا كان أمير المؤمنين (عليه السلام) والباقر (عليه السلام) وغيرهما (سلام الله عليهم) يكتسبون بالأُجرة والعمل لليهودي أو بالزراعة ونحوهما مع أنّهم كانوا متوكّلين عليه تعالى.

فالصحيح في المقام أن يقال: إذا فرضنا كل واحد من الاكتساب وتحصيل العلم مستحبّاً كما إذا كان عنده مقدار الواجب من النفقة لنفسه وعياله الواجب النفقة عليه وأراد الاكتساب للتوسعة عليهم أو لأجل الصرف في الوجوه الخيرية كالزيارة والإحسان ونحوهما، وفرضنا أيضاً أنّه عالم بمسائل نفسه وهناك من يقوم بحفظ الأحكام عن الإندراس وإنّما أراد تحصيل العلم ليصل إلى مرتبة الاجتهاد ويعلّم الناس فإنّه أمر محبوب كما أنّ الاكتساب للتوسعة محبوب، فيدخلان في باب المزاحمة لعدم قدرته على الجمع بينهما نظير غيرهما من المستحبّات المتزاحمة كزيارة الأمير (عليه السلام) والصلاة المبتدأة أو قضاء حوائج المؤمنين فلا يكونان متعارضين، وبما أنّ كلّ واحد من المستحبّات مرخّص في تركه فلا يلزم من الأمر

---

(١) المكاسب ٤: ٣٤٢ ـ ٣٤٥.

بجميعها محذور ، فيكون كلّ واحد منهما مستحبّاً وباقياً على محبوبيته ، فينبغي حينئذ ملاحظة الأهم منهما وأنّ أيّهما أنفع له من المستحبّين فربما يكون طلب العلم راجحاً في حقّه لأنّه لو اشتغل بتحصيل العلم يمكن أن يخدم الدين بتأليفاته وترويجه ولكنّه لو اشتغل بالكسب لا يتمكّن من المبرّات إلّا الإحسان لفقير واحد ، فحينئذ ينبغي الأخذ بطلب العلم ، وأُخرى يكون الاكتساب أرجح من طلب العلم كما إذا فرضنا أنّه لا يترتّب أثر مهم على طلب علمه لقلّة فهمه وعدم استعداده ، وأمّا لو اشتغل بالكسب يتكفّل لحاجات أكثر المشتغلين ويدفع الضرورة عن المحتاجين ويروّج الدين بتعمير المساجد وتأسيس المدارس ونحوهما فالأولى في حقّه هو الأخذ بالاكتساب ، وثالثة يتساويان فيتخيّر بينهما ، وكيف كان فحالهما حال سائر المتزاحمين غاية الأمر أنّه لا يستحقّ العقاب بتركهما أو ترك الأهم منهما وإنّما يلزم ترك الأولى .

كما أنّه إذا فرضنا كلّ واحد من الاكتساب والتحصيل واجباً كفائياً لوجود من يقوم بنفقة عائلته ونفقة نفسه لو اشتغل بطلب العلم ووجود من يحفظ الأحكام عن الاندراس لو اشتغل بالكسب ، فهما من الواجبين المتزاحمين فلابدّ من ملاحظة أنّ أيّهما أهمّ ومع عدم الترجيح يتخيّر بينهما .

وكذا فيما إذا فرضناهما واجبين عينيين كما إذا لم يكن هناك من يتكفّل نفقة نفسه وعائلته ولم يكن هناك مجتهد يحفظ الأحكام عن الاندراس نعوذ بالله فإنّ الأهم منهما مقدّم على المهم ، فإذا فرضنا أنّه بحيث لو لم يشتغل بالعلم لاندرست الأحكام واضمحلّ الدين فنوجب عليه التحصيل ولو كان ذلك موجباً لهلاكة من تجب عليه نفقته ، وأمّا إذا كان اكتسابه موجباً لئلّا يكون هناك مجتهد في البين ولكن لا تندرس به الأحكام لقيام آخرين بذلك عن قريب فيتعيّن عليه الاكتساب لئلّا تموت عائلته . وبالجملة أنّ حالهما حال سائر المتزاحمين والفرض أنّهما خارجان عن

التعارض، هذا أحد المقامين اللذين ينبغي التكلّم فيهما في المقام.

المقام الثاني: أنه هل يصحّ الاشتغال بالعلم وترك الاكتساب مع صرف الوجوهات في نفقته أو لا؟ وهو ممّا لابدّ من التعرّض له حتّى يكون موعظة لطلّاب العلم والمشتغلين فنقول: إن كان الاشتغال بالعلم مستحبّاً في حقّه وفرضناه مواظباً لأعماله بحيث كان الغرض من تحصيلاته خدمة الدين وترويج شريعة سيّد المرسلين (عليه وعلى أولاده صلوات الله ربّ العالمين) ولم يكن متساهلاً فيما يقول وغير مبال بما يعمله ويفعله وكان ممّن يرضى الإمام (صلوات الله عليه) بتصرّفه في ماله (عليه السلام) فلا مانع من أن يصرف من سهم الإمام (عليه السلام) ويشتغل بطلب العلم والتحصيل وإن كان قادراً على الاكتساب بالتجارة أو الخياطة أو الكتابة وغيرها من الأفعال والمكاسب، لأنّ سهم الإمام (عليه السلام) لا يختصّ بالفقير العاجز عن الاكتساب بل يصرف فيما رضي به الإمام (عليه السلام).

وأمّا إذا كان الغرض من تحصيلاته الخدمة لنفسه بل المقصود التعيّش والاكتساب بالاشتغال بالعلم، أو لم يكن له نفع عائد إلى الإمام (عليه السلام) بمقدار ما يصرفه من ماله، أو كان متساهلاً في أفعاله وغير مبال بوظائفه فلا يجوز له صرف السهم بوجه، لأنّ ذلك نظير الدوائر الحكومية بلا تشبيه فلابدّ من أن ينفع بمقدار ما يصرفه من مال الحكومة لا محالة، وهذا أمر تشخيصه بيده لأنّ الإنسان أعرف بنفسه، والإمام (عليه السلام) أعرف به منه، فلا يمكن التصرف في ماله بأنحاء الحيلة والخدعة والمكر وهو ممّن نرجو شفاعته، فلا ينبغي أن نجعل شفيعنا خصمنا ونتصرّف في ماله على ضرره ونصرفه بالاشتغال بما يضرّه ولا ينفعه (عصمنا الله وإيّاكم من مخادع الشيطان وتسويلات النفس الأمّارة بالسوء) هذا كلّه في سهم الإمام (عليه السلام).

وكذا لا مانع من أن يصرف الأموال الموقوفة والمبذولة للبرّ والإحسان.

وأمّا الزكاة والخمس الذي هو سهم الفقراء من الهاشميين فلا يجوز صرف شيء منهما بالاشتغال بالعلم مع التمكّن والقدرة على الاكتساب لاشتراط الفقر فيهما ، وقد فسّر الفقر في الروايات بما يرجع حاصله إلى عدم القدرة على مؤونته فعلاً أو قوّة والمفروض أنّ المشتغل بالعلم قادر على الاكتساب فلا يجوز له صرف الخمس والزكاة ، لأنّ الاشتغال بالعلم نظير الاشتغال بغيره من المستحبّات كالاشتغال بالصلوات الابتدائية من أوّل الصبح إلى المغرب فإنّه بذلك لا يجوز أن يصرف الزكاة أو سهم السادات لقدرته على الكسب بترك الاشتغال بالمستحبّ وذلك ظاهر نعم لا مانع من إعطاء الزكاة من سهم سبيل الله للمشتغل بالعلم فيما إذا كان تحصيله نافعاً للدين ، كما يجوز صرفها من ذلك السهم في من يروّج الدين بالوعظ في القرى والبوادي ولو مع استغنائه وتمكّنه ، وأمّا من سهم الفقراء فلا لأنّه ليس بفقير ، كما لا يجوز إعطاء سهم السادات للمشتغل بالعلم القادر على الاكتساب لاشتراط الفقر فيه كالزكاة ، نعم لو كان الاشتغال واجباً عليه عيناً فلا مانع من أن يصرف الزكاة والخمس لعجزه عن الاكتساب شرعاً ، هذا تمام الكلام في ذلك المقام ونسأل الله أن ينفعنا وإيّاكم بذلك ويوفّقنا لمرضاته بحقّ محمّد وآله الطاهرين .

الكلام في تلقّي الركبان

والأقوال في ذلك ثلاثة : أحدها الحرمة كما حكي عن بعض الأعلام . وثانيها : الكراهة وهي المشهور بين الأصحاب . وثالثها : عدم الحرمة ولا الكراهة والمعاملة صحيحة لعمومات ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ . أمّا القائل بالحرمة فقد استند إلى الأخبار الواردة في النهي عن تلقّي الركبان كقوله « لا تلقّ » وقوله « لا يتلقّ أحدكم تجارة خارجاً من المصر ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون

يرزق الله بعضهم من بعض »(١) وظاهرها الحرمة . ويدفعه : أنّه إن أُريد الاستدلال بهذه الأخبار فهي ضعاف ولا يمكن الاعتماد على شيء منها ولا تثبت بها الحرمة وإن أُريد الاستدلال بمجموع تلك الأخبار البالغة حدّ الاستفاضة بدعوى أنّها توجب الاطمئنان بصدور بعضها لا محالة ، ففيه : أنّه يختصّ حينئذ بمن حصل له الاطمئنان بصدور بعضها منها ونحن لا نطمئن بل لا نظن بصدورها ، لأنّ الروايات بأجمعها نبويّات ولا يمكننا الاعتماد عليها مع أنّه لو كان محرّماً لبان وظهر .

والقول بالكراهة مبنيّ على القول بالتسامح في أدلّة السنن بأخبار من بلغ والالتزام بأنّها تدلّ على استحباب العمل الذي بلغه الثواب فيه ، وأمّا إذا قلنا بأنّ أخبار من بلغ إرشادية إلى حكم العقل بحسن العمل برجاء الثواب أو برجاء أمر المولى في حدّ نفسه فلا يبقى للاستدلال بها على الاستحباب مجال ، إذ لا أمر طولي فيها ولو بنحو الاستحباب ، وكذا يبتني على تعميم السنن إلى المكروهات أيضاً بأن يقال إنّ أخبار من بلغ تشمل الخبر الدالّ على الحزازة والمنقصة في عمل كما تشمل الخبر الدالّ على الثواب ، وأمّا إذا قلنا بأنّها على تقدير ثبوتها تختصّ بما إذا بلغه فيه الثواب على عمل ولا تشمل ما إذا بلغه فيه منقصة وحزازة فلا يبقى للاستدلال بها مجال ، نعم بعد تمامية المقدّمتين لا مانع من الاعتماد عليها في القول بالكراهة في المقام .

وبعد تسليم المقدّمتين لا وجه للاعتراض كما عن بعض الأعلام بأنّ قاعدة التسامح لو ثبتت فإنّما تفيد فيما إذا دلّ خبر ضعيف على الاستحباب أو الكراهة ، وأمّا إذا دلّ على الوجوب أو الحرمة كما في المقام فلا معنى للاستدلال بالقاعدة ، لأنّا إن صحّحنا الخبر وأخذنا به فلابدّ من الالتزام بالحرمة لأنّها مفاد الخبر على الفرض

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٣ / أبواب آداب التجارة ب٣٦ ح٥ وأورد ذيله في ص٤٤٤ / أبواب آداب التجارة ب٣٧ ح١ .

وإن لم نلتزم به فلا نلتزم بالحرمة فمن أين جاءت الكراهة أو الاستحباب .

والوجه في عدم صحّة الاعتراض ما ذكرناه في قاعدة التسامح في أدلّة السنن من أنّها على تقدير صحّتها تقتضي الالتزام بالاستحباب فيما إذا ورد خبر ضعيف ودلّ على استحبابه أو فيما إذا وردت رواية ضعيفة ودلّت على وجوبه ، وذلك لأنّها حينئذ دلّت على الثواب في فعل ذلك الشيء وأخبرت عنه غاية الأمر أنّها أخبرت عن ثبوت العقاب على تركه أيضاً ، وهذا الإخبار لا يثبت لضعفها ، وأمّا إخبارها بثواب العمل فلا مانع من الأخذ به بأدلّة التسامح في أدلّة السنن .

وكذا الحال فيما إذا عمّمنا السنن وقلنا بشمولها للمكروهات أيضاً فإنّه إذا وردت رواية ضعيفة ودلّت على كراهة العمل لابدّ من الالتزام بها بهذه القاعدة ، أو وردت رواية ودلّت على حرمته مع ضعف سندها فلابدّ من الالتزام بكراهة العمل حينئذ لأنّها قد أخبرت عن ثبوت الحزازة والمنقصة في الفعل (كالرواية الدالّة على الكراهة) وأخبرت أيضاً عن ثبوت العقاب في فعله ، والإخبار الثاني لا يثبت لضعفها فلا نلتزم بالحرمة ، وأمّا الاخبار بالحزازة والمنقصة فلابدّ من الأخذ به لقاعدة التسامح كما عرفت ، وكيف كان فلا تختصّ القاعدة بما إذا ورد خبر ضعيف على استحباب العمل أو كراهته بل تعمّه وما إذا دلّ على وجوبه أو حرمته ولم يمكننا الأخذ به لضعف سنده .

فالمتحصّل أنّه لا وجه للقول بالحرمة في المقام ، والقول بالكراهة يبتني على أمرين وعلى تقدير ثبوتهما لا مانع من الفتوى بالكراهة في تلقّي الركبان ، هذا كلّه في حكم تلقّي الركبان .

وأمّا شروط ذلك الأمر المحرّم أو المكروه : فقد اشترطوا في الحرمة أو الكراهة أن يكون التلقّي إلى أربعة فراسخ فما دونها ، والظاهر أنّ الحدّ خارج عن المحدود بمعنى أنّ الكراهة أو الحرمة إنّما هي فيما لم يبلغ إلى أربعة فراسخ وأمّا إذا كان التلقّي

إلى أربعة فراسخ فتزول الكراهة أو الحرمة ، لأنّه مسافرة حقيقة ولا مانع من الضرب في الأرض لأجل التجارة بل وفي بعض الأخبار[١] أنّها جلب لا تلقٍ وذلك لأنّه إذا سار أربعة فراسخ فلابدّ من أن يرجع أربعة فراسخ أيضاً ، فهذه مسافة يجب فيها القصر وهو ضرب في الأرض والضرب للجلب أمر ممدوح وكيف كان فهذا أحد الشروط .

الشرط الثاني : أن يكون قصده من ذلك هو تلقي الركب للتجارة وأمّا إذا كان قصده شيئاً آخر كما إذا خرج للسير أو لطلب غريم فصادف الركب واشترى متاعهم ، أو كان قصده استقبال قريب له في الركب يرجع من سفره فصادف التجارة فيها فاشتراها فلا وجه للكراهة ولا الحرمة لأنّه لم يتلق الركب كما هو ظاهر ، وكيف كان فالغرض من هذه الأخبار على تقدير صدورها عدم المبادرة والسبق إلى المعاملة عن سائر المسلمين كما يشير إليه قوله (عليه السلام) « والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » والمنهي هو المبادرة إليها دون نفس المعاملة ، لأنّ المتلقّي أيضاً من المسلمين فلا مانع من أن ينتفع بالركب ، فلا يمنعه قوله « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » وإنّما اُريد من هذه الأخبار عدم المبادرة والسبق على سائر المسلمين ، فإذا لم تكن نفس المعاملة مكروهة أو محرّمة والمفروض أنّه لم يبادر إلى الركب وإنّما استقبل صديقه أو ابن عمّه فصادف الركب واشترى منهم فلا حرمة ولا كراهة ، فالظاهر أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من اعتبار القصد في الحكم بالكراهة أو الحرمة هو الصحيح .

وأمّا ما ذكره بعض الأعلام من أنّ القصد والتلقّي مقدّمة والمنهي هو نفس

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٤ / أبواب آداب التجارة ب٣٦ ح٦ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٥٣ .

المعاملة ، فيدفعه : أنّ المعاملة لا حرمة فيها ، لأنّ المتلقّي أيضاً من أحد المسلمين وإنّما المبغوض المعاملة المبادر إليها لا نفسها ، فهي بهذا الوصف منهي عنها لا بنفسها فلذا لو فرضنا أنّ دكّان أحد وقع في أوّل السوق أو في الطريق فنزل الركب في دكّانه من دون أن يبادر إليه لم يكن شراؤه منهم مكروهاً أو محرّماً ، فالمتحصّل أنّ هذا الإيراد لا وجه له .

ثمّ إنّ قوله (عليه السلام) « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » حكمة للنهي عن تلقّي الركبان لا أنّه علّة ، ولا يدلّ على كراهة المعاملة فيما إذا لم يكن قاصداً للتلقّي ، هذا .

ثمّ إنّ الأخبار المتقدّمة قد اشتملت على النهي عن أن يبيع الحاضر للباد وليس المراد منه بيع الحاضر متاعه له وإلّا فلا إشكال في صحّته ولا مانع من أن يبيع الحاضر متاعه ممّن جاء من خارج البلد ، بل المراد أن يبيع الحاضر متاع الباد لمنفعة ذلك الباد ، وقد علّله بأنّ « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » ، والغرض منه أنّ بيع الحاضر متاع الباد ممنوع لأنّه أعرف بقيمة السوق فيبيعه بالقيمة الزائدة بل لابدّ من أن يكون البادي هو المباشر لبيع أمتعته وربما يبيعها بأرخص ممّا يبيعها الحاضر فينتفع به المشتري منه وهو أيضاً يبيعها للمشترين بهذه القيمة الرخيصة فتنتفع بذلك جماعة .

ثمّ إنّ الكراهة أو الحرمة في تلقّي الركبان هل تختصّ بالشراء منهم ولا تعمّ البيع أو غيره من المعاوضات ، أو أنّها أعمّ وتشمل جميع المعاوضات ؟ الظاهر هو الثاني لاطلاق التجارة الواقعة في بعض الأخبار والروايات وعدم اختصاصها بشيء ، وعليه يشمل الحكم لما إذا تلقّى الركب ليبيع منهم شيئاً ، وكذا تشمل الصلح وغيره من المعاوضات ، والظاهر أنّ فعل الخدمة في زماننا هذا وتلقّي الزوّار لأجل الإيجار أيضاً من هذا القبيل فيحكم بكراهته أو بحرمته لو قلنا بها في تلقّي الركبان

هذا .

ثمّ إنّ بعض الأخبار الواردة في المقام دلّ على أنّ الركب إذا اشترى منهم المتلقّي متاعاً ثمّ دخلوا السوق فهم بالخيار ، والظاهر أنّ المراد بذلك ما إذا ظهر غبن الركب وعرفوا أنّ القيمة السوقية أكثر ممّا أخذوه من المتلقّي وحينئذ فيثبت لهم خيار الغبن من دون حاجة إلى هذه الروايات ، وأمّا مع عدم ظهور الغبن فلا وجه للخيار إذ لا موضوعية لدخولهم السوق ، لأنّ ظاهر قوله (عليه السلام) « فإذا أتى السوق فهو بالخيار » أنّه إذا أتى السوق ورأى غبنه بحسب القيمة السوقية فهو بالخيار ولا ظهور فيه في الاطلاق .

الكلام في النجش

قد تقدّم الكلام في حرمة النجش بسكون الجيم وفتحه في المكاسب المحرّمة ولعلّ شيخنا الأنصاري ذكره في المقام سهواً ، نعم بين المقامين اختلاف يسير وكيف كان ، فقد استدلّ على حرمته بما حكي عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله)[1] من أنّ الناجش والمنجوش له ملعون ، إلّا أنّها ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها في الحكم بالحرمة ، ويبقى في البين بعض الوجوه الأُخر التي استدلّ بها على حرمة النجش وقد تقدّم الكلام فيها في المكاسب المحرّمة فلا نعيد ، وقد نقل أيضاً النهي عن التدابر فراجع .

الكلام فيما إذا دفع مالاً إلى غيره ليصرفه في محلّه

إذا دفع إنسان مالاً إلى غيره ليصرفه في محلّه ، فإن كان ذلك بعنوان ولاية

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٥٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٩ ح ٢ .

المدفوع إليه على المال كما في اعطاء الوجوهات إلى الإمام أو إلى نائبه وهو المجتهد أو إلى نائب نائبه كوكلاء المراجع للتقليد ، فلا ينبغي الإشكال في أنّه يجوز للمدفوع إليه التصرّف في المال لأنّه خرج عن تحت سلطنة المالك بالفرض ، ولذا لا يمكنه الرجوع وأخذ ما دفعه إلى الإمام (عليه السلام) أو نائبه ، فولاية التصرف في المال إلى المدفوع إليه وله أن يتصرف فيه أو يدفعه إلى غيره حسب الموازين المقرّرة عليه .

وأمّا إذا لم يكن إعطاء المال إليه بعنوان الولاية بل كان دفعه إلى الحاكم بعنوان الوكالة في صرفه إلى أهله كما إذا جهل الحاكم ولم يعرف أنّ المدفوع إليه حاكم شرعي فدفعه إليه وكالة من قبله في صرف الوجوهات في محلّها ، فهل يجوز للمدفوع إليه أن يتصرف فيها بنفسه لأنّه أيضاً من أحد المصاديق والأفراد التي يصرف المال إليهم ، أو أنّه لا يجوز التصرف فيها بأخذ مقدار منها لنفسه ؟

فإن كانت هناك قرينة على رضا المالك في صرف المدفوع إليه من المال أيضاً كما إذا صرّح بذلك أو كان كلامه ظاهراً في ذلك بوجه من الوجوه فلا إشكال في جواز أخذ مقدار منه لنفسه ، كما أنّه إذا كانت هناك قرينة على عدم رضا المالك بصرفه لنفسه كما إذا عيّن له مقداراً قبل دفع المال إليه ثمّ دفعه إليه وقال اصرفه في محلّه ولك كذا ، فلا كلام في عدم جواز تصرّف المدفوع إليه في المال .

وإذا فرضنا أنّ المالك عيّن أشخاصاً مختلفة المراتب في الحصّة من المال كما إذا قال اصرفه في العلماء للمبتدئين منهم كذا وللمتوسّطين كذا وللمنتهين كذا وللمجتهدين كذا ، أو أنّ للمجرّد منهم كذا وللمعيل والمتأهّل كذا ، وقد اعتقد المالك أنّ المدفوع إليه من المتوسطين ولكنّه كان من المجتهدين بحسب الواقع ، أو اعتقد أنّه مجتهد وكان من المبتدئين ، أو اعتقد أنّه مجرد وكان متأهّلاً ، أو أنّ المالك عيّن أشخاصاً حسبهم مجتهدين وكانوا غير متّصفين بذلك بحسب الواقع .

فإن كان تعيين ذلك على نحو القضايا الحقيقية المعبّر عنها بالموضوعية في كلام

شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بأن كان الحكم معلّقاً على العنوان فلا محالة يتبع في ذلك اعتقاد المدفوع إليه بحسب الواقع دون اعتقاد المالك، إذ المفروض أنّ المال لابدّ وأن يصرف في عنوان المجتهد أو المحصّل، وزيد الخارجي غير متّصف بعنوان الاجتهاد بحسب الواقع فلا يدفع إليه.

وإن كان على نحو القضايا الخارجية التي عبّر عنها شيخنا الأنصاري بالداعي بأن أراد المالك دفعه إلى زيد وعمرو وبداعي اعتقاد الاجتهاد فيهما، فحينئذ لابدّ من اتّباع اعتقاد المالك وصرف المال فيهما وإن لم يكونا بتلك الصفة واقعاً، إذ الداعي يتبع الاعتقاد لا الواقع، وهذا كلّه واضح.

وإنّما الكلام والإشكال فيما إذا لم تكن هناك قرينة على إرادة المدفوع إليه ولا على عدم إرادته، فهل يجوز للمدفوع إليه أن يتصرف فيه أو لا ؟ فذهب بعضهم إلى حرمة التصرف في المال حينئذ لعمومات حرمة التصرف في مال الغير إلّا باذنه وإذن المالك غير محرز، وذهب آخرون إلى الجواز ولعلّه من جهة الروايات وإلّا فلا وجه له مع أنّ الأصل في الأموال حرمة التصرف حيث يثبت الإذن.

ثمّ نقل شيخنا الأنصاري تفصيلين في المقام: أحدهما التفصيل بين ما إذا أمره بالصرف بصيغة ضعه فيهم فيجوز للمدفوع إليه أن يضعه في داره ويتصرف فيه وبين ما إذا كان بصيغة ادفعه إليهم فلا يجوز، لأنّ الدافع غير المدفوع إليه. وثانيهما التفصيل بين علم المالك بفقر المدفوع إليه وجهله به، وأنّه إذا كان جاهلاً بفقره يجوز للمدفوع إليه التصرف في المال، وأمّا إذا كان عالماً بفقره فلا لأنّه لو أراده أيضاً لصرّح به وعيّنه فإذا لم يعيّن المدفوع إليه فظاهره عدم الرضا بتصرّفه فيه، هذا.

والظاهر أنّ هذين الوجهين ليسا تفصيلين في المقام بل هما لبيان ظهور الكلام

---

(١) المكاسب ٤ : ٣٥٨.

في رضا المالك وعدمه ، وأنّه في أيّ مورد ظاهر في رضاه وفي أي مورد غير ظاهر فيه ، فعليه فيدخلان فيما إذا كانت هناك قرينة على أحد الأمرين في البين ، وكلامنا في المقام فيما إذا لم يكن هناك قرينة تدلّ على أحدهما وقد عرفت أنّ بعضهم ذهب إلى الحرمة وبعض آخر إلى الجواز ، وذكرنا أنّ الأصل أيضاً يقتضي حرمة التصرفات في مال الغير إلّا بإذن مالكه ، ولذا ذكروا أنّ من وكّلته امرأة في أن يزوّجها من أحد لا يجوز أن يزوّجها من نفسه ، وكذا إذا وكّله في شراء شيء فأعطاه من عنده .

وكيف كان ، فقد وردت في المقام رواية دلّت على حرمة التصرّف أيضاً على وفق مقتضى الأصل ، وهذه الرواية صحيحة ابن الحجّاج التي نقلها العلّامة مسندة ، وربما تنقل على وجه الاضمار أيضاً إلّا أنّه لا يضرّ بالرواية بعد ما علم سندها ، كما ذكرناه في روايات الاستصحاب[١] وقلنا إنّ إضمارها لا يضرّ بصحّتها للعلم باسنادها حسبما نقلها السيّد بحر العلوم في فوائده[٢] وأسندها إلى الباقر (عليه السلام) تارة وإلى الصادق (عليه السلام) أُخرى وإلى أحدهما ثالثاً ، وإنّما حصل الاضمار لأجل التقطيعات الطارئة على الأخبار ، وكيف كان فقال ابن الحجّاج « سألته عن رجل أعطاه رجل مالاً ليصرفه في محاويج أو في مساكين وهو محتاج أيأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو ؟ قال : لا يأخذ شيئاً حتّى يأذن له صاحبه »[٣] ومقتضاها حرمة تصرف المدفوع إليه في المال في مفروض الكلام ، إلّا أنّها معارضة

(١) مصباح الأُصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ١٥ .

(٢) الفوائد الأُصولية : ١١٠ / الفائدة ٣٣ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٢٧٧ / أبواب ما يكتسب به ب ٨٤ ح ٣ .

بثلاثة روايات[1] فيها صحاح وروى بعضها ابن الحجّاج أيضاً وقد دلّت هذه الروايات على الجواز . ودعوى أنّ الأخبار المجوّزة تتقدّم على المانعة لأنّها أكثر مندفعة بما ذكرناه في الأُصول من أنّ تعدّد الرواية غير موجب للترجيح .

وذكر شيخنا الأنصاري أنّ الروايات الواردة في المقام ترخيصاً ومنعاً ليست من باب التعبّد بوجه ، إذ لا يحتمل أن يكون نهي الإمام في الرواية المانعة تعبّدياً ولو مع شمول العموم في الاجازة للمدفوع إليه وظهوره في جواز صرف المدفوع إليه منه ورضا المالك به إلّا أنّه (عليه السلام) منعه عن التصرف فيه تعبّداً حتّى يأذن له المالك خصوصاً ، وكذا الأخبار المجوّزة إذ لا يحتمل أن يكون تجويزه (عليه السلام) التصرف فيه مع ظهور عدم رضا المالك به وشمول المنع له بحسب العموم إلّا أنّه جوّزه تعبّداً حتّى يمنع عنه بالخصوص ، وذلك لبعد ترخيص الإمام مع منع المالك أو يمنعه (عليه السلام) مع ترخيص المالك ، هذا بل لا مورد للسؤال عن جواز التصرف مع نهي المالك أو عن عدمه مع ترخيصه ، فسؤال الراوي أيضاً قرينة على عدم ترخيص الإمام مع منع المالك تعبّداً أو منعه (عليه السلام) مع ترخيص المالك كذلك أي تعبّداً ، وكيف كان فلا يحتمل التعبّد في شيء من روايات الترخيص والمنع ، وعليه فلابدّ من حمل المجوّزة على ما إذا كانت هناك قرينة على الجواز ورضا المالك ، وحمل المانعة على صورة ظهور عدم رضاه .

وعلى تقدير تسليم المعارضة بينهما فيتساقطان فلابدّ من المراجعة إلى ظهور الكلام وأنّه ظاهر في المنع أو الترخيص ، وعلى تقدير عدم استفادة شيء من الأمرين في الكلام فيرجع إلى عمومات حرمة التصرف في مال الغير إلّا بإذنه ، هذه

---

(١) الوسائل ١٧ : ٢٧٧ / أبواب ما يكتسب به ب ٨٤ ، والمجلّد ٩ : ٢٨٨ / أبواب المستحقّين للزكاة ب ٤٠ ح ٢ ، ٣ .

خلاصة ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام .

ولا يخفى عليك أنّ حمل الروايات المجوّزة على صورة ظهور الكلام في الترخيص وحمل المانعة على صورة ظهوره في المنع أو عدم ظهوره في الاذن غير صحيح ، لما عرفت من أنّ الحكم في هاتين الصورتين لا يحتاج إلى السؤال ولا حاجة إلى ترخيص الإمام مع إذن مالك المال ولا إلى منعه مع منع المالك عن التصرف فيه ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في الجمع بينهما فالظاهر أنّ مورد السؤال والجواب في كلتا الطائفتين من الأخبار هو صورة عدم ظهور الكلام في شيء من الترخيص والمنع .

والوجه في سؤال السائل مع عدم إذن المالك هو أنّ الإذن من المالك لمّا تعلّق بعنوان كلّي كالفقراء أو المحتاجين وكان المدفوع إليه أيضاً من مصاديقه إلّا أنّ المالك لم يصرّح به بخصوصه لجهله بحاله بحيث لو كان عالماً بفقره لصرّح باسمه فاستأذن منه (عليه السلام) في التصرف في المال مع عدم تصريح المالك بعنوانه وإن كان داخلاً في عنواني الفقير والمحتاج لاحتمال الجواز في التصرف حينئذ ، فأجابه (عليه السلام) بالجواز في بعضها وبالمنع في بعضها الآخر ، فبما أنّهما متعارضان فلابدّ من العلاج فيهما .

وقد ذكروا في الجمع بينهما وجهين : **أحدهما** أنّ النهي عن التصرف في المال ظاهر في الحرمة والأخبار المجوّزة ناصّة في الجواز فيرفع اليد بتلك المجوّزة عن ظهور النهي في الحرمة فنحملها على الكراهة .

وفيه : أنّ النهي وإن كان ظاهراً في الحرمة وغير نصّ فيها بخلاف الأخبار المجوّزة لنصوصيتها في الجواز كما في غير هذا المقام أيضاً إلّا أنّ في المقام خصوصية تمنع عن رفع اليد عن الحرمة بالأخبار المجوّزة ، وهذه الخصوصية هي اشتمال المانعة على قوله « حتّى يأذن له صاحبه » لأنّه ظاهر الاشارة إلى التمسّك بحرمة التصرّف

في المال إلّا بإذن مالكه ، فكأنّه يمنعه لتلك الكبرى المسلّمة فيحرم التصرف في المال حينئذ ، لأنّ الغاية المذكورة تجعله كالنصّ في الحرمة فلا يصحّ رفع اليد عنها بالأخبار المجوّزة حينئذ .

وثانيهما : حمل الرواية المانعة على ما إذا سمّى المالك أشخاصاً معيّنين فلا يجوز للدافع أن يتصرف فيه بوجه ، وحمل المجوّزة على ما إذا لم يسمّ أحداً وإنّما دفعه إليه ليعطيه إلى عنوان كلّي فيجوز للمدفوع إليه التصرف فيه ، والشاهد على هذا الجمع صحيحة ابن الحجّاج حيث فصّلت بين الصورتين ومنعت عند التسمية ورخّصت عند عدمها فهي شاهد جمع بين الطائفتين المانعة والمجوّزة ، هذا .

ويدفعه : أنّ الرواية المانعة قد اشتملت على لفظة محاويج أو مساكين وهما نكرتان لا تعيين فيهما في شيء ، فهي إنّما منعت مع عدم التسمية والتعيين فكيف تحمل على صورة التسمية وتعيين أشخاص .

وعليه فالصحيح حمل الرواية المانعة على الأموال الشخصية أي المملوكة لشخص المعطي والمجوّزة على غيرها من الأموال النوعية كالزكاة ، وتوضيح ذلك : أنّ المالك إذا دفع مقداراً من ماله الخاص إلى شخص وقال له أعطه للفقراء مثلاً فلا يجوز للمدفوع إليه أن يتصرّف في ذلك بشيء لأنّ ظاهر اعطه وادفعه وغيرهما عدم شمول الترخيص له ولا يجوز التصرف في مال أحد إلّا بإذنه ، وأمّا إذا كان المال من الأموال النوعية كالزكاة والخمس وغيرهما من الأموال التي ليست ملكاً للمالك بوجه ففي هذه الصورة لا مانع من أن يأخذ المدفوع إليه من ذلك المال والشاهد على هذا الجمع قوله في الروايات المجوّزة « الرجل يعطى الزكاة » وهي ليست من الأموال الشخصية وقوله « رجل أعطي مالاً يفرّقه في من يحلّ له » وهو ظاهر في أنّ للمال المدفوع موارد ومصارف لابدّ من صرفه فيهما ، وليس هذا إلّا الصدقات الواجبة من الزكاة والخمس ، وقوله في صحيحة ابن الحجّاج « يقسّمها ويضعها في

مواضعها » فيعلم منه أنّ للمال مواضع مقرّرة وهو لا ينطبق إلّا على غير الأموال الشخصية ، وأمّا الرواية المانعة فلم تدلّ إلّا على أنّه أعطى مالاً ليصرفه في محاويج فلا اختصاص فيه بالصدقات والأموال النوعية فلابدّ من حملها على الأموال الشخصية وحمل المجوّزة على الأموال النوعية الخارجة عن سلطان المالك .

الكلام في الاحتكار

وللبحث فيها جهات : الجهة الأُولى وقع الخلاف في أنّ الاحتكار محرّم أو مكروه ، والمشهور بين الأصحاب هو الحرمة وذهب جمع إلى الكراهة إلّا إذا طرأ عنوان ثانوي كما إذا أمره الحاكم بأن يعرض الطعام للبيع لرفع استيحاش الناس عن الغلاء فيكون تركه محرّماً من جهة مخالفة حكم الحاكم لا من جهة حرمته في نفسه .

والصحيح هو ما ذهب إليه المشهور وأنّ الاحتكار حرام ولم يجعل الله تعالى سلطنة للمالك في حبس ملكه من الطعام ، غاية الأمر أنّ الحرمة مشروطة بعدم باذل طعام غيره ، وذلك لصحيحه سالم الحنّاط [١] حيث سأله (عليه السلام) عن عمله فقال قلت حنّاط ربما قدمتُ على نفاق وربما قدمتُ على كساد ، وعند الكساد اشتريت الطعام وحبسته ، قال (عليه السلام) فما تقول العامّة والناس من جهتك وقِبلك ؟ قال قلت يقولون إنّ سالم يحتكر ، فسأله (عليه السلام) أنّه هل يبيعه أحد غيرك أم لا فأجابه بأنّ البائع كثير والطعام من الكثرة بحدّ لا يكون ما أبيعه جزءاً من ألف جزء من الطعام الموجود في السوق ، قال لا بأس ، فمنها يظهر أنّ الحرمة مشروطة بصورة عدم الباذل ، وأمّا مع وجود الباذل فلا حرمة في الاحتكار كما يستفاد ذلك من نهي

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٨ / أبواب آداب التجارة ب٢٨ ح٣ (نقل بالمضمون) .

النبي (صلّى الله عليه وآله) حكيم بن حزام[١] بقوله إيّاك أن تحتكر أي ابتعد عن الاحتكار، لأنّه كان يشتري جميع الطعام في المدينة.

وكذا يدلّ على ما ذكرناه صحيحة الحلبي[٢] عن أبي عبدالله (عليه السلام) المنقولة في المكاسب وقد صرّح فيها بالتفصيل بين صورتي وجود الباذل وعدمه وكذا كتاب أمير المؤمنين (عليه السلام) إلى مالك الأشتر على ما في نهج البلاغة[٣] من أنّ من قارف أي ارتكب حكرة بعد نهيك فنكّل به وعاقب في غير إسراف، إذ لو كان الاحتكار مكروهاً لم يكن وجه لمعاقبة مالك وعقابه المرتكبين للمكروه فمنه يظهر أنّه حرام والعقاب من غير إسراف في محلّه.

وأمّا صحيحة الحلبي[٤] قال سألته عمّن يحتكر الطعام ويتربّص به إلى أن قال فإنّه يكره أن يحتكر ... الحديث، فغاية ما هناك أنّ الكراهة غير ظاهرة في الحرمة لا أنّها ظاهرة في عدم الحرمة ليعارض بها الأخبار الدالّة على الحرمة، وذلك لأنّ الكراهة المستعملة في لسانهم (عليهم السلام) بمعنى المبغوضية لا بمعنى المكروه المصطلح عليه بين الفقهاء الذي هو في مقابل الحرام ولعلّه ظاهر، وعليه فتكون الأخبار المحرّمة قرينة على إرادة الحرمة من الكراهة في هذه الرواية أيضاً.

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على وجه التأييد من رواية أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال قال رسول الله (صلّى الله عليه وآله) أيّما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين ثمّ باعه

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٨ / أبواب آداب التجارة ب٢٨ ح٣ (نقل بالمضمون).

(٢) المصدر السابق ح١.

(٣) الوسائل ١٧ : ٤٢٧ / أبواب آداب التجارة ب٢٧ ح١٣.

(٤) الوسائل ١٧ : ٤٢٤ / أبواب آداب التجارة ب٢٧ ح٢.

وتصدّق بثمنه لم يكن كفّارة لما صنع »[١] فالظاهر أنّه لا تأييد فيها بوجه ، لأنّ الظاهر أنّها رواية أخلاقية غير مربوطة بالكراهة أو الحرمة في الاحتكار ، لأنّ الطعام إذا لم يكن هناك باذل له فلا يفرّق في الحرمة بين الأربعين والثلاثين يوماً وإن كان له باذل فلا يفرّق في جواز حبسه بين الأربعين والسنين ، إذن الظاهر أنّ حبس الطعام بقصد الغلاء للمسلمين وازدياد قيمته يكشف عن خبث سريرة ذلك المحتكر لأنّ الاحتكار إنّما هو حبس الطعام ، لا لأجل أن تترقّى قيمته السوقية بل لأجل أنّ القيمة السوقية في وقت الشتاء مثلاً أزيد من قيمته في الصيف فيشتريه لأن يبيعه في ذلك الوقت لا أن يشتريه ويجمعه من السوق حتّى تغلى قيمته فإنّه كاشف عن خباثته ، فلو رفع يده عن ذلك قبل الأربعين فيغفر الله له ذلك وإلّا فهو معاقب بحسب الأخلاق ، هذا بحسب الدلالة في الرواية . وأمّا بحسب السند فهي ضعيفة .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري[٢] من أنّ في الرواية بعض بني فضّال وقد أمر العسكري (عليه السلام)[٣] بالأخذ برواياتهم وطرح آرائهم بعد فسقهم ، فهو دليل على اعتبار رواياتهم في كتبهم ، والظاهر أنّ هذه الرواية أيضاً مأخوذة من كتبهم فتكون معتبرة ويستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند ، فبنو فضّال كمحمّد بن مسلم وزرارة وابن أبي عمير الذين أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنهم .

فيدفعه أمران : أحدهما أنّ الإجماع على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء الجماعة بحيث يستغنى بهم عن ملاحظة من قبلهم في السند غير تامّ ، بل لا وجه له أصلاً وتفصيل الكلام فيه موكول إلى محلّه . وثانيهما : أنّ توثيق الإمام لبني فضّال والأخذ

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٥ / أبواب آداب التجارة ب٢٧ ح٦ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٦٦ .

(٣) الوسائل ٢٧ : ١٤٢ / أبواب صفات القاضي ب١١ ح١٣ .

برواياتهم ناظر إلى أنّ فسقهم بعد ذلك لا يمنع عن اعتبار رواياتهم ، فرواياتهم كروايات زرارة ومحمّد بن مسلم وغيرهم من الثقات ، وليس ناظراً إلى أنّ رواياتهم معتمدة ولو كان الراوي قبله كذّاباً فاسقاً .

وبالجملة أنّ الأمر بأخذ رواياتهم يدلّ على أنّ رواياتهم بعد صيرورتهم فسّاقاً كاعتبار رواياتهم عند كونهم عدولاً ، فكما أنّ الراوي قبلهم عند كونهم عدولاً لابدّ من ملاحظته فلا يؤخذ بروايته فيما إذا كان كذّاباً ، فكذلك بعد فسقهم إذ لا نحتمل أن يكون صيرورتهم فاسقين موجباً لحجّية رواياتهم ولو مع كذب الرواة المتقدّمين عليهم ، لأنّها لم تكن معتبرة عند كذب الرواة فيما إذا كانوا عادلين فكيف تكون معتبرة مع كذب الرواة بعد فسقهم ، فلا مدخلية لفسقهم بعد ذلك أبداً غاية الأمر أنّ توثيق العسكري (عليه السلام) روايات بني فضّال يجعلها كروايات محمّد بن مسلم أو زرارة ، ومن المعلوم أنّ رواياتهما إنّما تعتبر بملاحظة من تقدّمهما في السند فلا يؤخذ بها فيما إذا كان الراوي قبلهما غير موثّق ولا عادل كما إذا كان كذّاباً ، هذا وقد تعرّض لما أفاده في المقام في بحث الصلاة[1] ولعلّ موضعه باب الوقت على ما أذكره فعلاً ، وقد عرفت حقيقة الحال وأنّه لا وجه لما أفاده في المقامين من أنّ أمر العسكري (عليه السلام) يغني عن ملاحظة من تقدّمهم في السند ، وأنّه ناظر إلى اعتبار رواياتهم لا إلى حجّيتها ولو مع فسق الرواة المتقدّمين عليهم فلا تغفل .

الجهة الثانية : في أنّ الاحتكار هل يختصّ بالحنطة أو الشعير أو يعمّ غيرهما من المأكولات التي يحتاج إليها الإنسان أو أنّ هناك تفصيلاً ؟ موضوع الحكم في الروايات المتقدّمة هو الطعام وهو اسم لما يطعمه الإنسان ممّا به تعيّشه وقوامه كالحنطة والشعير والأُرز وغيرها ، وهذا يختلف باختلاف الأماكن والبلدان في

---

(١) كتاب الصلاة ١ : ٣٦ .

مثل بلادنا هذه ليس الشعير من الطعام ، إذ لا حاجة للناس إليه فليس الاحتكار فيه محرّماً ، نعم الحنطة والأُرز من الطعام في هذا البلد لأنّ قوامهم بهما فاحتكارهما محرّم ، وفي بعض مدن ايران كمازندران ورشت الأُرز من الطعام لانحصار تعيّشهم فيه غالباً ، فالحنطة خارجة عن الطعام فلا مانع من احتكارها في المدن المذكورة وكيف كان فالمدار على صدق الطعام فلا حرمة في غيره كما في الزبيب وغيره من الفواكه كالأثمار والتتن فلا يكون احتكارها محرّماً .

ثمّ إنّ الظاهر من الطعام هو الطعام بوصف الطعامية لا بذاته وتجرّده ، وعليه فيدخل في الاحتكار مقارنات الطعام من الملح والسمن أو الزيت في بعض البلاد لأنّ الطعام بدون الملح غير قابل للأكل ، وكذا الطعام بدون السمن والزيت فاحتكارهما بمنزلة احتكار نفس الحنطة أو الأُرز لسقوطهما عن الأكل والتعيّش به ولأجل ذلك ورد الزيت في بعض الأخبار(١) المتقدّمة حيث عدّ احتكاره من الحرام ، فمنه يعلم دخول الملح والسمن في الاحتكار بطريق أولى .

بل يمكن التعدّي إلى مقدّمات الطعام كالنفط الذي عليه يتوقّف الطبخ عادة فحبس النفط من الاحتكار الحرام ، وقد استفدنا ذلك كلّه من صحيحة الحلبي المتقدّمة(٢) حيث أجاب فيها الإمام بأنّه يكره أن يحتكر ويترك الناس ليس لهم طعام ، فمنها يظهر أنّ المناط في الاحتكار جعل الناس ليس لهم طعام فيشمل ذلك احتكار الملح والنفط وغيرهما ممّا يتوقّف عليه قوام الطعام من المقارنات والمقدّمات .

وأمّا الروايات الحاصرة الواردة في المقام فبين حاصرة للاحتكار في أربعة

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٦ / أبواب آداب التجارة ب٢٧ ح ١٠ وغيره .

(٢) في الصفحة ٥١٠ .

الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وبين حاصرة في خمسة باضافة الزيت وبين حاصرة في ستّة باضافة السمن ، ومفهومها عدم الحرمة في الاحتكار في غير الموارد الستّة ولو عدّ من الطعام كما في الأُرز وغيره ، إلّا أنّها ضعيفة السند فلا يمكننا رفع اليد عن الاطلاق في الروايات الصحيحة الدالّة على حرمة الاحتكار في الطعام بتلك الأخبار الضعيفة التي لم يثبت اعتبارها ، فما هذا وصفه كيف يمكن أن يكون رافعاً للاطلاق في الأخبار الصحيحة .

الجهة الثالثة : روى السكوني[1] أنّ الحكرة في الخصب وعدم الغلاء أربعون يوماً وفي الغلاء ثلاثة أيّام ، فلا يجوز الاحتكار أزيد من الأربعين في الخصب وأزيد من الثلاثة عند الغلاء ، إلّا أنّ الرواية ضعيفة فلا يمكن الاعتماد عليها إذ المدار على حاجة الناس وعدمها ، فمع الحاجة لا يجوز الاحتكار ولو في أقلّ من ثلاثة أيّام ، ومع عدم الحاجة لا مانع من الاحتكار ولو في أزيد من أربعين يوماً ولا مانع من حمل رواية السكوني على صورة مظنّة الحاجة بدعوى أنّ الحاجة في الخصب في أزيد من الثلاثة وفي الغلاء في أقلّ من أربعين يوماً كما حكي عن الشهيد وإن كان الحمل في حدّ نفسه بعيداً .

الجهة الرابعة : أنّ الاحتكار هل يختصّ بالشراء كما ورد في صحيحتين من الروايات المتقدّمة[2] حيث ورد في إحداهما « وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه » الخ وفي الصحيحة الأُخرى « قال إنّما الحكرة أن تشتري طعاماً » الخ ، أو أنّ الاحتكار مطلق حبس الطعام ولا يختصّ بخصوص الاشتراء بل يعمّ ما إذا وهبه أحد أو زرع هو بنفسه وحبسه ؟ الظاهر هو الثاني لعدم اختصاص الحكرة

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٣ / أبواب آداب التجارة ب٢٧ ح١ .

(٢) في الصفحة ٥١٠ .

بالاشتراء ، وأمّا ما ورد في صحيحة سالم الحنّاط[١] من أنّ حكيم بن حزام كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كلّه فمرّ عليه النبي (صلّى الله عليه وآله) فقال له ياحكيم بن حزام إيّاك أن تحتكر ، فهو بيان لمورد من موارد الاحتكار فلا يوجب اختصاص الحكم به .

وأمّا ما في صحيحة الحلبي من قوله « إنّما الحكرة أن تشتري طعاماً وليس في المصر طعام غيره فتحتكر فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس » فالمفهوم المستفاد من كلمة إنّما الحصرية هو أنّه لو كان في المصر طعام غيره فلا بأس كما صرّح به بعده لا أنّ مفهومها أنّه إن لم يشتر الطعام فلا بأس ولا احتكار حتّى يتوهّم أنّ الاحتكار يدور مدار الاشتراء فينتفي عند انتفائه ، فهي أيضاً بيان للمورد الغالبي في الاحتكار لأنّ الغالب في التجار هو الاشتراء دون الزرع أو الاتّهاب . فالمتحصّل أنّ الاحتكار لا يختصّ بالشراء .

الجهة الخامسة : أنّ الحاكم يجوز أن يجبر المحتكر على البيع ، وهذا ممّا لا خلاف فيه بينهم ، نعم لا يمكنه التسعير على ماله بل يجبره على أن يبيع الطعام بأيّة قيمة أراد ما لم يبلغ إلى حدّ يوجب منع الناس عن الاشتراء لأنّه ممنوع لرجوعه إلى الاحتكار في السوق ، إذ الاحتكار ليس بمعنى إخفاء المال ووضعه في الدار بل المراد منع الناس عن الوصول إليه ولو مع مشاهدتهم إيّاه كما إذا أراد بيع ما يسوى بدرهمين بدينارين ، وقد حكي عن النبي (صلّى الله عليه وآله)[٢] أنّه (صلّى الله عليه وآله) لم يسعّر للطعام وقال التسعير بيد الله تعالى بحسب الزيادة والنقصان أي بحسب زيادة الطعام ووفوره الموجب لنقصان قيمته أو نقصانه الموجب لزيادة قيمته ، وإنّما

---

(١) في الصفحة ٥١٠ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٤٣٠ / أبواب آداب التجارة ب ٣٠ ح ١ .

جوّز إجبار المحتكر على البيع كما أنّ للحاكم إجبار المالك على البيع في غير موارد الاحتكار إذا كانت في بيعه مصلحة للناس .

الجهة السادسة : أنّ الاحتكار بما هو وفي نفسه لا ينقسم إلّا إلى الحرام والحلال لأنّه مع الحاجة حرام وبلا حاجة حلال ، وأمّا اتّصافه بسائر الأحكام من الاستحباب والوجوب والكراهة فالظاهر أنّه لأجل عنوان آخر طارئ على الاحتكار ، لما عرفت من أنّ الاحتكار في حدّ نفسه لا يتّصف بغير الحرمة والحلّية نعم يمكن أن يكون الاحتكار واجباً بعنوان حفظ النفوس المحترمة كما إذا توقّف حفظها على احتكار الطعام في الخصب حتّى لا يموتون في المجاعة جوعاً ، ويمكن أن يتّصف بالاستحباب كما إذا احتكر الطعام مع عدم الحاجة لأجل التوسعة على الزوّار حيث إنّ الطعام عند قدومهم يغلى وتترقّى قيمته وربما ينفد ، فلا مانع من باب التوسعة والإعانة للزوّار أن يتّصف بالاستحباب ، كما ربما يتحقّق عنوان يوجب كراهة الاحتكار ، إلّا أنّ هذا كلّه من جهة العناوين الطارئة لا إنقسام الاحتكار إليها في نفسه ، هذا تمام الكلام في البيع وقد انتهى الأمر إلى آخر كتاب البيع يوم الأحد ثلاثة وعشرين خلت من شهر جمادى الأُولى من شهور سنة خمسة وسبعين وثلاثمائة بعد الألف في المدرسة الخليلية الكبرى في النجف على ساكنها السلام حامدين مصلّين والحمد لله ربّ العالمين .

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

البيع ـ ٢

التنبيه على فروع :

التنقيح في شرح المكاسب

تقريراً لأبحاث

الأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

«١٣١٧ - ١٤١٣ هـ»

الجزء ٣٨

طبعة منقحة

الخيارات

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

مؤسسة الخوئي الإسلامية

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

من الآن إلى قيام يوم الدين

التنقيح

في شرح المكاسب

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث
لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره
«١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ»

الخيارات

تأليف آية الله
الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

طبعة منقحة

مؤسسة الخوئي الإسلامية

الكلام في الخيار

الخيار اسم مصدر لاختار ، والمصدر هو الاختيار ، وفسّر في اللغة بالأخذ بما فيه المنفعة والخير والانتقاء والاصطفاء[1] فاختار بمعنى طلب الخير وأخذ بما يراه صلاحاً وخيراً . فهو عنوان للفعل الخارجي نظير الأكل مثلاً فكما أنّه عنوان للفعل الخارجي فكذلك الاختيار ، لأنّه بمعنى الأخذ بما فيه الخير والصلاح .

فما عن المتكلّمين من أنّه بمعنى القدرة والمشيئة التي هي من الأفعال النفسانية

---

(١) في تاج العروس ٣ : ١٩٤ ـ ١٩٥ خار الشيء : انتقاه واصطفاه ... والخيار الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين إمّا امضاء البيع أو فسخه . وفي الحديث البيّعان بالخيار ... .

وفي لسان العرب ٤ : ٢٦٧ والاختيار : الاصطفاء وكذلك التخيّر . وفي الحديث : البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا . الخيار : الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين : إمّا إمضاء البيع أو فسخه ... . وفي البستان : تخيّر الشيء : انتقاه واصطفاه . اختاره من القوم : اصطفاه من بينهم . استخار استخارة : طلب الخيرة ... الخيار بالكسر ... الاسم من الاختيار . ومنه خيار البيع وغيره عند الفقهاء .

وفي أقرب الموارد ١ : ٣١١ تخيّر الشيء : انتقاه واصطفاه ، بمعنى استبقاه وذخره . اختاره من الرجال اختياراً : انتقاه واصطفاه من بينهم ... استخار استخارة : طلب الخيرة . الخيار بالكسر ... الاسم من الاختيار .

فهو على خلاف المعنى اللغوي ولا وجه له ، اللهمّ إلّا أن يكون ذلك اصطلاحاً خاصّاً بينهم فلا مشاحة في الاصطلاح ، أو يكون نظرهم في ذلك إلى مثل صيغة المختار الذي هو بمعنى مَن فيه اقتضاء الاختيار ، لا أنّ الخيار بمعنى القدرة على ما يأتي تفصيله إن شاء الله .

ثم إنّ الاختيار بما ذكرنا له من المعنى كما يتعلّق بالأفعال فيقال إنّه اختار الفعل الفلاني من بين الأفعال بمعنى أخذه له بما هو مشتمل على المصلحة ، كذلك يمكن تعلّقه بالجوامد فيقال إنّه اختار هذا الشخص من بين الأشخاص فيما إذا أخذه بما أنّ أخذه له مشتمل على المصلحة والخير .

والاختيار بهذا المعنى أيضاً يقابل الاضطرار والالجاء ، وعليه فلا يطلق على مثل الأشل أنّه مختار في المشي ولا يطلق على مثلنا أنّه مختار في الطيران لأنّنا غير متمكّنين منه ، والأشل غير متمكّن من المشي ، فلا يصحّ فيهما اختيار المشي أو الطيران بمعنى أخذه خيراً ومصلحة ، إذ المفروض أنّه لا يتمكّن من الأخذ حتى يلاحظ أنّه أخذه خيراً أو شرّاً ومن غير مصلحة . فالمتحصّل : أنّ الاختيار عنوان للفعل الخارجي كغيره من العناوين المتعلّقة بالأفعال الخارجية .

ثم إنّ الظاهر أنّ هذا المعنى الذي ذكرناه هو المراد من لفظ الخيار الواقع في بعض أخبار خياري المجلس والحيوان ، فإنّ معنى « البيّعان بالخيار »[١] أنّهما يتمكّنان من الأخذ بما فيه الصلاح من الفسخ وتركه ، وكذلك قوله (عليه السلام) « الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري »[٢] وكذلك خيار المالك بين الرد والامضاء في بيع الفضولي فانّه بالمعنى المذكور .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ ح ١ وغيره .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب ٣.

ومن خلال ما ذكرناه ظهر أنّ تفسير الخيار بملك فسخ العقد ونحوه غير وجيه ، لأنّ معناه كما عرفت عبارة عن طلب الخير وأخذ ما يراه خيراً من الفسخ وتركه ، وأمّا ملكه لذلك فهو خارج عن معناه ، وإنّما يستفاد من اللام في قولنا له الخيار ـ أي هو مالك لأخذ ما يراه صلاحاً من الفسخ وتركه ـ أو من كلمة صاحب وذي في قولنا : صاحب الخيار أو ذو الخيار ، أو من هيئة المختار ، لأنّها بمعنى صاحب الاختيار .

ثم إنّ ما ذكره المتكلّمون من تفسير الاختيار بالقدرة يمكن أن يكون بالنظر إلى مثل صيغة المختار ، توضيح ذلك : أنّ المشتق تارة يستعمل في المتلبّس بالمبدأ فعلاً كما في مثل كلمة عالم ، وأُخرى يستعمل في القابلية والاقتضاء وأنّ الموضوع يتلبّس به بعد ذلك لا أنّه متلبّس به فعلاً كما يقال : سيف قاطع مع أنّه في غمده ، أو سمّ قاتل مع أنّه لم يشربه أحد ، فانّ معناه أنّ السيف فيه قابلية القطع واقتضائه ، وأنّ السمّ قابل ومقتضٍ للقتل عند الشرب نظير القضايا الشرطية بمعنى أنّه على تقدير الشرب يقتل ، وأنّ السيف على تقدير الضرب به يقطع .

ومن هذا القبيل صيغة المختار فإنّها بمعنى أنّه إذا أراد أن يختار الترك فيترك وإذا أراد أن يختار الفعل فيفعل لا أنّه يختار فعلاً . وبعبارة أُخرى : أنّه قادر على اختيار الفعل والترك ، فما ذكره المتكلّمون من أنّ الاختيار بمعنى القدرة نظرهم إلى مثل صيغة المختار الذي معناه أنّ فيه اقتضاء الاختيار أي قابل وقادر على الاختيار لا أنّ الخيار بمعنى القدرة .

فاتّضح أنّ معنى الخيار شيء واحد بالاتّفاق ـ وهو طلب الخير وأخذ ما يراه خيراً ـ في اللغة والفقه وعند المتكلّمين ، وأنّ ما أفاده شيخنا المحقّق (قدّس سرّه)(١)

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٤ : ١٠ .

من أنّ الاختيار بمعنى القدرة عند المتكلّمين ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، بل هو بمعنى واحد عند الجميع . نعم ذكر اللغويون[١] أنّ الخيار عبارة عن الانتقاء والاصطفاء ومعناه ترجيح أحد طرفي الممكن على الآخر ، وهذا التعبير أولى من التعبير بأنّه الأخذ بما يراه خيراً ، وقد عرّفه المتكلّمون بذلك أيضاً ، وهذا المعنى موجود في جميع موارد استعمال الخيار .

ثمّ إنّه ليس المراد من الخيار في المقام معناه الوسيع الشامل لمثل اختيار الأكل ونحوه من الاُمور الخارجية ، بل الظاهر أنّ المراد منه ما كان متعلّقه الفسخ وتركه ولازم ذلك أن يتحقّق عقد قبل الخيار حتى يصحّ أن يقال إنه متمكّن ومالك للفسخ وتركه ، لوضوح أنه مع عدمه لا معنى للفسخ وتركه .

ومنه يتّضح أنّ إطلاق الخيار في بيع الفضولي وفي نكاح بنت اُخت الزوجة أو بنت أخيها ، وفي نكاح الأمة من العبد بعد ما صارت حرّة ليس بمعناه المصطلح عليه ، لأنّ المالك في بيع الفضولي إنّما يسند العقد إلى نفسه ويصحّحه باجازته ، أو يلغي العقد عن قابلية الاستناد إليه بردّه ، فلا عقد صحيح قبل الاجازة حتى يملك فسخه أو ترك فسخه . نعم هو مختار ومالك للرد والقبول ـ أي الامضاء وعدمه ـ إلّا أنه أمر آخر غير ملك الفسخ وتركه .

وهكذا الحال في إجازة العمّة والخالة والأمة المزوّجة من حرّ بعد ما صارت حرّة ، فإنّ الاجازة فيها تصحّح العقد السابق ، ولا عقد صحيح سابقاً حتى تتمكّن العمّة أو الخالة أو الأمة من فسخه وتركه . نعم لا مانع من الامضاء والرد إلّا أنه أمر آخر غير الخيار المصطلح عليه ، وهو التمكّن من فسخ العقد وتركه . فجميع موارد الحاجة إلى الاجازة خارجة عن الخيار بالمعنى المصطلح عليه .

---

(١) مرّ تخريجه في الصفحة ٣.

ثم إنّ الفرق بين الخيار في العقود اللازمة وبينه في العقود الجائزة كما في الهبة مع أنّ المتعاملين في كلا النحوين متمكّنان من فسخ العقد وتركه، هو أنّ من له الخيار في العقود اللازمة كما له سلطنة على فسخ العقد وتركه كذلك له سلطنة اُخرى على إزالة التمكّن من الفسخ وعدمه، فله سلطنة على السلطنة المتعلّقة بالفسخ وتركه وهذا بخلافه في العقود الجائزة، فإنّ من له الخيار ـ كالواهب في الهبة ـ إنّما يتمكّن من فسخ العقد وتركه ولا سلطنة ثانية له على إزالة تلك السلطنة المتعلّقة بالفسخ وتركه عن نفسه، بل لو قال مراراً إنّي أسقطت الخيار فلا يسمع منه وتكون سلطنته على الفسخ وتركه باقية على حالها، وبذلك خرجت العقود الجائزة عن الخيار بمعناه المصطلح عليه.

وبهذا يتبيّن أنّ الخيار بمعناه المصطلح عليه يعتبر فيه قيدان مضافان على معناه اللغوي أحدهما: كون متعلّقه هو الفسخ وتركه. وثانيهما: كون من له الخيار متمكّناً على إزالة تمكّنه من الفسخ وتركه وتكون له سلطنة اُخرى على سلطنته المتعلّقة بالفسخ وتركه.

والملخّص: أنّ المعنى الذي ذكرناه للخيار ـ وهو ترجيح أحد طرفي الممكن ـ موجود في جميع موارد العقود اللازمة والجائزة وموارد الاحتياج إلى الاجازة ـ كما في بيع الفضولي ـ وذلك لأنّه تارةً يسند إلى الأفعال والاُمور الخارجية فيقال إنه مختار في الأكل ونحوه، واُخرى يسند إلى الامضاء والرد كما في بيع الفضولي، وثالثة يسند إلى الفسخ وتركه، كما في كل واحد من العقود اللازمة والجائزة، لأنه مختار في كليهما بالاضافة إلى الفسخ وتركه، وتفترق العقود اللازمة عن العقود الجائزة بأنّ في موارد العقود اللازمة خيارين أحدهما: متعلّق بالفسخ وتركه، وثانيهما: متعلّق بازالة السلطنة على الفسخ وابقائها، والخيار الأول ممتاز عن الثاني، وأمّا في موارد العقود الجائزة فالموجود فيها خيار واحد متعلّق بالفسخ وتركه.

ومن خلال هذا العرض يتّضح أنّ تعريف الخيار بأنّه ملك إقرار العقد وإزالته ـ كما حكي عن القدماء ـ هو الصحيح ، وذلك لما عرفت من أنّ في موارد الخيار المصطلح عليه سلطنتين إحداهما : السلطنة على الفسخ وعدمه ، وهي المعبّر عنها في التعريف بالازالة بمعنى أنّ له إزالة العقد وعدمها ـ أي فسخه وعدمه ـ وثانيتهما : السلطنة على جعل العقد لازماً باسقاط الخيار وإزالة التمكّن من الفسخ وعدمه بحيث يسقط العقد بعد ذلك عن قابلية الفسخ وعدمه .

وبكلمة أُخرى : عبّروا عن مجموع هذين الخيارين في العقود اللازمة بملك إقرار العقد وإزالته بمعنى أنّه مالك لفسخ العقد ولعدمه ومالك لابقاء سلطنته على الفسخ وإزالتها .

ومن هذا يظهر أنّ ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ المراد باقرار العقد هو ترك الفسخ الذي هو أحد طرفي الخيار المتعلّق بالفسخ وتركه ، وأنه في الحقيقة إعمال لأحد طرفي الخيار غير تامّ ، لما عرفت من وجود خيارين أحدهما متعلّق بالفسخ وتركه وثانيهما متعلّق بابقاء السلطنة وإزالتها ، فاقرار العقد عبارة عن إزالة السلطنة على الفسخ وتركه الراجعة إلى إسقاط الخيار كما عرفت ، وليس إقرار العقد هو إعمال أحد طرفي الخيار الأول .

نعم ، يرد على التعريف المذكور : أنّ الملك غير داخل في معنى الخيار ، وإنّما يستفاد من الهيئة كما في المختار أو من كلمة ذي أو له ونحو ذلك ، فالتعريف المذكور من غير هذه الجهة لا إشكال فيه ، وهو الموافق لما أثبتناه من السلطنتين في موارد الخيار المصطلح عليه ، هذا .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٦ .

وقد أورد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] على التعريف المذكور بما ملخّصه بتوضيح منّا: أن ذكر إقرار العقد أي إثباته وجعله لازماً إمّا مستدرك وإمّا موجب للدور، لأنّ المراد من إقرار العقد إن كان ابقاءه بحاله وترك فسخه فذكره مستدرك لغو ولا حاجة إليه، لأنّ القدرة على إزالته قدرة على عدم الازالة وترك العقد بحاله لأنّ القدرة لا تتعلّق إلّا بطرفين، وإن أُريد من إقرار العقد إزالة الخيار وجعل العقد لازماً فهو دور ظاهر، لأخذ الخيار في تعريف نفسه، إذ مرجعه إلى أنّ الخيار عبارة عن ملك إزالة الخيار والفسخ.

ويرد عليه: أنّ في المقام سلطنتين إحداهما: السلطنة على فسخ العقد وتركه وثانيتهما: السلطنة على إسقاط الخيار وجعل العقد لازماً، ومعه فنختار الشق الثاني من الترديد ولا يرد عليه محذور الدور، لأنّ التعريف إنّما هو للخيار بمعنى السلطنة على الفسخ وتركه، فلا مانع أن يؤخذ في تعريفه الخيار بالمعنى الثاني ـ وهو السلطنة على جعل العقد لازماً ـ ويلزم من ذلك أنّه أُخذ في تعريف الخيار بالمعنى الأول الخيار بالمعنى الثاني، ولا يلزم من ذلك أخذ الخيار بالمعنى الأول في تعريف نفسه حتى يلزم الدور، وذلك ظاهر.

ثم إنّه (قدّس سرّه) أورد عليه ثانياً: بأنّ هذا التعريف لو تمّ فإنّما يتمّ فيما إذا كان الخيار في العقد من جانب واحد، فإنّ من له الخيار يتمكّن من جعل العقد لازماً حينئذٍ باسقاط خياره، إلّا أنّه لا يتمّ فيما إذا كان الخيار من جانبين، لأنّ العقد لا يصير لازماً حينئذٍ باسقاط أحدهما خياره، فلا يصدق هذا التعريف على الخيار المشترك لعدم إمكان جعل العقد لازماً باسقاط خياره، لوضوح أنّ اللزوم حينئذٍ يتوقّف على إسقاط الخيار من جانبين ولا يكفي فيه إسقاطه من أحدهما. وبالجملة:

---

(١) المكاسب ٥: ١٢.

التعريف ينتقض بالخيارات المشتركة كما في خيار المجلس الثابت لكلّ واحد من البائع والمشتري.

إلّا أنّ الايراد المذكور غير وارد بناءً على ما ذكرناه آنفاً، لأنّك عرفت أنّ في المقام سلطنتين وخيارين: أحدهما متعلّق بالفسخ وتركه، وثانيهما: متعلّق بجعل العقد لازماً وعدمه، والذي لا يقبل التبعيض إنّما هو الفسخ المتعلّق للخيار الأول لأنّ معنى فسخ العقد رجوع المالين إلى مالكهما فلا يصحّ في مثله أن يكون الفسخ متبعّضاً وأن يفسخه أحدهما ولا يفسخه الآخر، بل إذا فسخ أحدهما لا يبقى للآخر مجال، أمّا إسقاط الخيار بالمعنى الثاني وجعل العقد لازماً فهو أمر قابل للتبعيض فيمكن أن يسقط أحدهما الخيار ويجعل العقد لازماً من قبله بحيث لا يتمكّن من فسخه وتركه ولا يسقط الآخر خياره بهذا المعنى ولا يجعل العقد لازماً من قبل نفسه ولا يزيل سلطنته، وهذا أمر لا يقبل الانكار، بل لا معنى أصلاً لاسقاط أحد المتبايعين السلطنة الثابتة للآخر، لأنّه إنّما يملك سلطنة نفسه لا سلطنة شخص آخر.

وعليه فالمراد من إقرار العقد هو إقراره من قبل نفسه وإزالة سلطنته لا إقراره من طرف شخص آخر وإزالة سلطنة الآخر، وبعبارة أُخرى: المراد من جعله لازماً إنّما هو جعله لازماً من طرف نفسه، وهذا أمر متحقّق في جميع الموارد.

هذا فيما إذا كان الخيار ثابتاً لكل واحد من المتعاملين.

وأمّا إذا اشترك اثنان أو أكثر في خيار واحد، بأن يكون الخيار الواحد متعلّقاً بالمجموع لا أن يكون هناك خياران أحدهما متعلّق بهذا والآخر بذاك بل ثبت خيار واحد للمجموع، وهذا كما في الخيار المنتقل إلى الورثة فيما إذا كان الوارث أكثر من واحد، فإنّ القول بثبوت الخيار لمجموع الورثة الذي هو أحد الأقوال في المسألة هو الأقوى، فهو لا يقبل التبعيض أيضاً، إلّا أنّه ليس مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) قطعاً، لأنّ الخيار كما لا يسقط فيه باسقاط أحدهم كذلك لا

ينفسخ العقد بفسخ بعضهم ، بل لابدّ في كل واحد من طرفي الخيار من اتّفاق الورثة بأجمعهم .

وبالجملة : أنّ تعريف الخيار بملك إقرار العقد وإزالته تام ولا يرد عليه ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) .

نعم ، يرد عليه ما ذكرناه من أنّ الملك غير مأخوذ في مفهوم الخيار ، ولعلّ الوجه في تعبيرهم بالقدرة والملك ـ حيث ذكروا أنّ الخيار عبارة عن القدرة على إزالة العقد وأنه ملك فسخ العقد ، مع أنّ معنى الخيار كما عرفت هو ترجيح أحد طرفي العقد على الآخر الذي هو من الأفعال الخارجية من دون أن يؤخذ فيه القدرة ـ هو أنّ سائر الأفعال الخارجية كالأكل والنوم والضرب كما تتحقّق مسبوقة بالقدرة كذلك تتحقّق من دون السبق بالقدرة كما إذا اضطر إلى شيء من الأفعال فأكل من دون قدرة .

وهذا بخلافه في الترجيح فانّه يمتاز عن غيره من الأفعال الخارجية باختصاصه بسبق القدرة ، ولا يتحقّق فيما إذا لم تكن قدرة ، إذ الترجيح إنّما يعقل مع القدرة على طرفي الشيء ، وأمّا مع عدم القدرة على أحدهما فلا معنى للترجيح كما هو ظاهر .

ولعلّ هذا هو الوجه في أخذ القدرة في الخيار حيث قالوا إنّه عبارة عن القدرة على فسخ العقد مع أنّه عبارة عن ترجيح أحد طرفي العقد مع القدرة لا القدرة على ترجيح أحدهما فلا تغفل . هذا كلّه في اُولى المقدّمتين اللتين ذكرهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام .

أصل اللزوم في البيع

ذكر غير واحد من الفقهاء أنّ الأصل في البيع اللزوم وأنّ الجواز فيه يحتاج إلى دليل . وقد ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في كتبه[1] وعلّله بأنّ الغرض من المعاملة أن يتصرّف كلّ واحد من المتعاقدين فيما انتقل إليه ، وهذا إنّما يتمّ فيما إذا قلنا باللزوم حتى يأمن من فسخ صاحبه . وذكر (قدّس سرّه) أيضاً أنّه يُخرج من هذا الأصل بأمرين : ثبوت خيار أو ظهور عيب . انتهى .

ولابدّ من البحث فيما يقتضيه الأصل في البيع حتى يرجع إليه في موارد الشك في اللزوم والجواز ، ولأجل ذلك وقع الكلام في أنّ المراد بالأصل في كلمات الفقهاء ماذا ، وذكر لذلك عدّة احتمالات :

الاحتمال الأول : أنّ المراد بالأصل هو الغلبة ، وأنّ الغالب في البيع اللزوم فإذا شككنا في مورد في الجواز واللزوم فنلحقه بالغالب .

ويردّه : أنّ الغلبة ممنوعة صغرى وكبرى . أمّا بحسب الكبرى ـ وإنّما لم يتعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلى وجه منع الغلبة بحسب الكبرى لوضوحه وعدم احتياجه إلى الذكر ـ فلأنّ الغلبة أدون من الحكم بالاستقراء الناقص بمراتب لأنّ الحكم في موارد الاستقراءات الناقصة مستند إلى مشاهدة فردين أو أفراد من

---

(١) القواعد ٢ : ٦٤ .

طبيعة ، وملاحظة أنّ أفراد تلك الطبيعة متّصفة بوصف وبه يحكم على أنّ سائر الأفراد أيضاً واجدة لتلك الصفة مع الجهل بحالها وعدم ملاحظتها من جهة أنّ اتّصاف عشرة أفراد من طبيعة واحدة بوصف يكشف عن أنّ هذا الوصف ثابت لنفس الطبيعة وأنّه ليس من عوارض الفرد وإلّا لم يوجد في هذه الأفراد الكثيرة بنسق واحد ، وبما أنّ الوصف ثبت لنفس الطبيعة بملاحظة تلك الأفراد الواجدة للوصف فيحكم بأنّ الطبيعة أينما سرت تتّصف بهذا الوصف حتى في الأفراد الأُخر التي نجهلها ولم نشاهدها .

وأمّا في الغلبة وملاحظة أنّ الغالب في البيع أو المعاملات هو اللزوم مع العلم بأنّ بعضها جائز لأجل دليل خارجي ، فلا يمكن فيها دعوى أنّ اللزوم من أوصاف طبيعة البيع مثلاً بملاحظة أنّه بحسب الغالب لازم ، إذ لو كان اللزوم من أوصاف نفس طبيعة البيع لم ينفك عنها في بعض الموارد مع أنّ المفروض أنّا نعلم أنّ البيع في بعض الموارد جائز ، فمع عدم استكشاف أنّ الوصف من أوصاف الطبيعة كيف يمكن الحكم على أنّ سائر الموارد والأفراد أيضاً واجدة لوصف اللزوم .

فظهر أنّ حال الغلبة أدون من الاستقراء الناقص بمراتب ، وبما أنّ الاستقراء الناقص ليس بحجّة فالغلبة لا تكون حجّة بالأولوية .

وبالجملة : لا وجه للالحاق بالغالب إلّا دعوى حصول الظنّ بأن المشكوك من الأعم الأغلب ، مع أنّ الظنّ لا يحصل به في جميع الموارد لوجود بعض قرائن خاصّة ، وعلى تقدير حصوله لا يمكن الاعتماد عليه لأنّ الظنّ لا يغني من الحقّ شيئاً .

وأمّا بحسب الصغرى ، فقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بأنّه ما المراد من الغلبة في المقام ، فإن أُريد منها غلبة اللزوم بحسب الأفراد ودعوى أنّ

---

(١) المكاسب ٥ : ١٤ .

الغالب في أفراد البيع اللزوم ، ففيه : أنّ البيع غالباً ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو غيره ، فالغلبة في أفراد البيع هي انعقادها بوصف الجواز وإنّما تصير لازمة باسقاط الخيار ونحوه ، فلا غلبة من هذه الجهة .

وإن أُريد منها الغلبة بحسب الزمان ، فهي وإن كانت كذلك لأنه إنّما يكون جائزاً في مقدار ساعة أو أقل ما دام لم يتفرّقا وأمّا بعده فهو لازم إلى يوم القيامة فالغلبة بحسب الزمان في اللزوم ، إلّا أنّ هذه الغلبة إنّما تفيد فيما إذا شككنا في البيع أنه في زمان المجلس أو في زمان الافتراق . وبعبارة أُخرى شككنا في أنّ الزمان هل هو من الزمان المحكوم فيه بالجواز الذي هو بمقدار ساعة مثلاً ، أو أنه من الأزمنة المحكوم فيها باللزوم التي هي بعد الساعة الأُولى إلى يوم القيامة ، فيلحق الزمان المشكوك بالأعمّ الأغلب ويحكم عليه بأنّه من الأزمنة المحكومة باللزوم . وأمّا إذا شككنا في بيع في أول انعقاده وأنه هل انعقد جائزاً أو لازماً ، فلا يمكن إلحاقه بالأزمنة المحكومة باللزوم ، للعلم بأنّ الزمان زمان الحكم بالجواز وهو أول زمان انعقاد البيع ، بل لابدّ حينئذٍ من إلحاقه بالجائز ، لأنّ الغالب في أول زمان انعقاد البيع هو الجواز لأجل خيار المجلس ونحوه ، وإن كان الغالب بعد زمان انعقاده هو اللزوم إلّا أنّ الغالب في أول انعقاده لمّا كان هو الجواز فيلزم إلحاقه به ، لأنّ غلبته تمنع من إلحاقه بغير صنفه الذي هو أول زمان الانعقاد .

ونظير ذلك ما إذا فرضنا أنّ الغالب في الإنسان هو أن يكون أقل من مترين إلّا صنف خاص ـ كسادات الكاظمين ، فإنّ الغالب في هذا الصنف أن يكون أزيد من مترين ـ فإذا شككنا في فرد من هذا الصنف الخاص أنه بمقدار مترين أو أكثر فلا محيص من إلحاقه بالغالب في صنفه ، وهو أن يكون أزيد من مترين ، ولا يمكن إلحاقه بغير صنفه الذي يكون الغالب فيه أقل من مترين وذلك ظاهر . وهكذا في

المقام فإنه لابدّ من إلحاق المشكوك الذي هو البيع في أول انعقاده بالغالب في صنفه وهو الجواز ، لأنّ الغالب فيه في أول انعقاده هو الجواز ، لا بالغالب في غير صنفه الذي هو في غير زمان الانعقاد ، والغالب فيه اللزوم ، وهذا من دون فرق بين أن يكون الشك من جهة الشبهة الموضوعية أو من جهة الشبهة الحكمية .

ومن ذلك يظهر أنّ ما ذكره غير واحد من الأعلام من أنّ الغلبة بحسب الزمان تجدي في إلحاق الفرد المشكوك بالغالب بحسب الزمان ممّا لا يمكن مساعدته ولعلّه من جهة عدم الوصول إلى مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

الاحتمال الثاني : الاستصحاب ، بأن يقال إنّ مقتضى استصحاب الملكية بعد فسخ أحدهما أو كليهما أنّ الملكية باقية ولم تزل بذلك .

ويردّه : أنه مختص بما إذا لم تكن الملكية متّصفة بالجواز سابقاً ، إذ مع اتّصافها بالجواز لا يبقى لاستصحاب الملكية مجال ، لوجود أصل حاكم عليه ، وهو استصحاب بقاء الجواز في الملك ، هذا .

مضافاً إلى المناقشة في جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية ، وكيف كان فالأصل بمعنى الاستصحاب لا يفيد قاعدة كلية .

الاحتمال الثالث : أنّ مقتضى وضع البيع هو اللزوم ، لأنّ بناءه بحسب الشرع والعرف والعقلاء عليه ـ ولعلّ هذا هو مراد العلّامة (قدّس سرّه)[1]، حيث ذكر أنّ الغرض تمكّن المتعاقدين من التصرّف فيما صار إليهما ، وهذا لا يحصل إلّا فيما أمن من فسخ صاحبه ، وقد يوجب فسخه نقض الغرض من المعاملة ولا تصل إليه قيمة ماله لكثرتها ـ.

---

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ١٢ .

وهذا حسن ولا بأس به ، لأنّ السيرة الجارية بين المتديّنين وغيرهم إنّما هي على اللزوم ، فلذا إذا جاء بالمبيع بعد سنة أو شهر وأراد فسخ المعاملة لا يسمعون قوله . وهذا البناء يشكّل شرطاً ضمنيّاً في المعاملة والبيع بحسب بناء العقلاء فكأنّهم شرطوا على المتعاقدين عدم الرجوع . وهذه السيرة ممّا لم يردع عنها الشارع ويكفي ذلك في الامضاء إلّا في مقدار خيار المجلس والحيوان فلابدّ من تخصيصه بمقدار خياري المجلس والحيوان .

ثم إنه يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ الجواز في زمان خيار المجلس إن كان جوازاً حكمياً فهو ينافي بناء العقلاء والشرع على اللزوم في البيع ، إذ لا يصح أن يقال إنّ بناءهما على اللزوم مع الالتزام بالجواز الحكمي في زمان خيار المجلس . وأمّا إذا كان الجواز حقياً فهو أمر ثبت بحسب الخارج فلا ينافي بناء العقلاء والشرع على اللزوم في البيع ، هذا .

إلّا أنّ الفرق بين الجواز بحسب الحكم والحق لم يظهر لنا بعد ، إذ لا تنافي بينه وبين بناء البيع على اللزوم عند العقلاء والشرع ، إذ بعد ثبوت الجواز وأنّ البائع أو المشتري يتمكّن من الفسخ في زمان فلابدّ من تخصيص هذا البناء من دون فرق بين الجواز الحكمي والحقّي لاشتراكهما في القدرة على الفسخ ، وهو لو كان منافياً مع البناء فمنافٍ في كليهما ، وإن لم يتناف معه ـ كما لا منافاة بينهما لأجل التخصيص ـ فلا منافاة في كليهما .

وبالجملة : لا وجه للتفرقة بين الجواز بحسب الحكم والحق ، لما أشرنا إليه من أنه لا فرق بينهما في أنّ البائع أو المشتري معهما يتمكّن من الفسخ وإن افترقا من

---

(١) المكاسب ٥ : ١٤ .

حيث إنّ رفع أحدهما ممكن دون الآخر كما عرفت إلّا أنّهما بحسب التمكّن من الفسخ متساويان .

ثم إنّ هذا الأصل يختص بالبيع ونحوه كما في الاجارة ، وأمّا في غيرهما فلا أثر لهذا البناء فلا يمكن التمسك به في جميع المعاملات كالصلح ونحوه ولا يكون قاعدة كلية عند الشك في جميع المعاملات كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) . ومع تماميته في البيع لا نحتاج إلى شيء من عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] و « المؤمنون عند شروطهم »[٢] و « الناس مسلّطون على أموالهم »[٣] لأنّها تمّت أو لم تتم فالأصل المذكور يكفي في البيع وبه نلتزم باللزوم فيه .

الاحتمال الرابع : أن يراد بالأصل القاعدة المستفادة من العمومات والاطلاقات فإنّ المستفاد منها اللزوم حيث إنّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٤] يقتضي بقاء المثمن على ملك المشتري وبقاء الثمن على ملك البائع والفرق بين الأصل بهذا المعنى وبينه بمعنى الاستصحاب هو أنّ الاستصحاب يصحّ التمسّك به في كل واحد من الشبهات الحكمية والموضوعية ، وأمّا العمومات فتختص بالشبهات الحكمية لعدم جواز التمسك بها في الشبهات الموضوعية والمصداقية .

ثم إنّ الكلام في الأصل بهذا المعنى وأنه يمكن استفادة اللزوم من العمومات وعدمه يأتي التعرّض إليه بعد استعراض كلام العلّامة في التذكرة[٥].

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٣) البحار ٢ : ٢٧٢ ح ٧ ، عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ .

(٤) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٥) التذكرة ١١ : ٥ .

تحقيق المراد من كلام العلّامة (قدّس سرّه)

تعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] قبل بيان العمومات التي يمكن استفادة اللزوم منها إلى توجيه كلام العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة وهو قوله : وإنّما يخرج عن الأصل بأمرين : أحدهما ثبوت الخيار . والثاني ظهور عيب في أحد العوضين ، حيث إنّه قد وقع الكلام في أنه ما المراد بثبوت الخيار وظهور العيب ولماذا عطف أحدهما على الآخر مع أنّ ظهور العيب من أحد أسباب الخيار وهو داخل في ثبوت الخيار ، ولا وجه لاعادته وذكره على حدة ، وقد ذكروا في توجيه ذلك عدّة أُمور :

الأول : ما ذكر في جامع المقاصد[٢] من أنه من قبيل عطف الخاص على العام الذي هو أمر متداول شائع .

ويردّه : أنّ ما ذكر بعيد ، لأنّ عطف الخاص على العام وإن كان شائعاً إلّا أنّ ذلك لا يجري في المقام ، لأنّ المعطوف عليه هو ثبوت الخيار والمعطوف سبب الخيار وهو ظهور العيب فلا يكون الثاني خاصاً بالنسبة إلى الأول . نعم لو كان المذكور في الأول هو أسباب الخيار لكان ما أفاده من التوجيه صحيحاً ، إلّا أنه ثبوت الخيار لا أسبابه .

الثاني : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] من أنّ المراد بثبوت الخيار هو ثبوت أحد الخيارات الموجبة لرفع العقد من أساسه وفسخه بتمامه برجوع الثمن إلى ملك المشتري والمثمن إلى ملك البائع ، ويدخل فيه خيار العيب أيضاً فيما إذا

---

(١) المكاسب ٥ : ١٥ .

(٢) [لم يصرّح بذلك ولكنّه يستفاد من عبارته ، راجع جامع المقاصد ٤ : ٢٨٢] .

(٣) المكاسب ٥ : ١٦ .

أُريد به فسخ العقد بتمامه لا فيما أُريد أخذ الأرش فقط . والمراد بظهور العيب هو ثبوت خيار يوجب رفع العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع الذي يكفي فيه رفعه في مقدار من الثمن لأجل الأرش ، فإنّ العيب الموجب للأرش لا يرفع العقد من أساسه ولا يبطله بتمامه وإنّما يوجب رفعه عن المجموع بما هو مجموع بمعنى أنه يرفع العقد في حصة خاصة من الثمن في مقابل الوصف المفقود كوصف الصحة ، فهو إنّما يرفع العقد بلحاظ مجموع الثمن والمثمن لا بلحاظ جميعهما . وبذلك يظهر الفرق بين ثبوت الخيار وظهور العيب .

ثم أورد عليه (قدّس سرّه) بأنه إنّما يصح بناء على ما ذهب إليه البعض من لزوم كون الأرش من الثمن كما عن بعض العامّة ، وأمّا بناءً على ما ذهب إليه العلّامة (قدّس سرّه) من عدم اعتبار كون الأرش من عين الثمن وجواز الابدال عنه فلا يكون ظهور العيب عند أخذ الأرش موجباً لانفساخ العقد في جزء من الثمن الذي عبّرنا عنه بفسخ مجموعهما من حيث المجموع فلا يتم التوجيه حينئذٍ ، هذا .

مضافاً إلى ما أورده السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[١] على هذا التوجيه من أنّ لازم انفساخ العقد في جزء من الثمن ورجوع جزء منه إلى المشتري انفساخه في جزء من المبيع ورجوعه إلى البائع ، لأنّ انفساخ العقد من طرف المشتري فقط لا معنى له .

الثالث : ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] وهو أحسن التوجيهات في المقام ، وملخّصه : أنّ في البيع بناءين من العقلاء والشرع : أحدهما البناء المتقدّم وهو بناؤهم على أنّ النقل من الجانبين أبدي نظير الزواج الدائم وليس موقتاً بسنة

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٣ من مبحث الخيارات .

(٢) منية الطالب ٣ : ٧ .

أو سنتين مثلاً ، فلا يقبلون رجوع أحدهما بعد ذلك بوجه . وثانيهما : البناء على عدم رجوع أحد المتعاملين إلى صاحبه بأمر زائد على المثمن أو الثمن ، فإذا رجع أحدهما على الآخر وطالبه بدينار معلّلاً بأنّي قد بعتك المال الفلاني فلا يسمعون كلامه ويجيبون بأنّك أخذت الثمن فلا حق آخر لك في البين ، فكأنّهم بنوا على عدم جواز مطالبة أحدهما الآخر بشيء غير الثمن والمثمن .

وهذان البناءان ثابتان وممضيان ، إلّا أنه ورد التخصيص على البناء الأول بثبوت شيء من الخيارات الموجبة لرجوع أحدهما أو كليهما عن المعاملة وفسخها بتمامها ، ومنها خيار العيب فيما إذا أُريد به فسخ العقد ، وورد التخصيص على البناء الثاني بظهور العيب فيما إذا أُريد به أخذ الارش مع الالتزام بالبيع وعدم فسخه فالبناء الأول على حاله إلّا أنه يرفع اليد عن البناء الثاني لأجل العيب فيطالب البائع بشيء زائد على المثمن وهو قيمة وصف الصحة المفقود . وبالجملة مراد العلّامة (قدّس سرّه) من ثبوت الخيار هو ثبوت الخيار المخصص للبناء الأول ، ومن ظهور العيب هو ثبوت الأرش المخصص للبناء الثاني .

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى بيان الأصل بمعنى القاعدة المستفادة من العمومات والاطلاقات ، وقد استدلّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على اللزوم بأُمور :

منها : قوله تعالى ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] بتقريب أنّ المراد منها وجوب العمل والوفاء بالعقد أو العهد ـ على ما فسّر به العقد في صحيحة ابن سنان[2] ـ والعقد هو المعاقدة الاعتبارية كالعقد الحقيقي في مثل عقد حبل بحبل آخر ، فمقتضى الآية أنّ

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ٣٢٧ / كتاب النذر والعهد ب ٢٥ ح ٣ .

الوفاء والعمل على طبق العقد لازم وأنّ نقض ذلك حرام على نحو الاطلاق، بمعنى أنّ نقضه حرام قبل الفسخ وبعده وفي هذا الزمان وذاك الزمان، لأن الاطلاق يشمل جميع الأزمان فتدلّ الآية على حرمة التصرف في المال بعد الفسخ وقبله، وبالدلالة الالتزامية تدلّ على أنّ البيع لازم ولا يرتفع بالفسخ، إذ لو جاز فسخه لما كان لحرمة نقضه على نحو الاطلاق مجال ـ لأنه ملكه حينئذٍ والتصرف في ملك نفسه جائز ـ فالآية الكريمة دالّة على الحكم التكليفي والوضعي معاً، أو أنّها تدلّ على الحكم التكليفي فقط وينتزع منه الحكم الوضعي على مسلكه (قدّس سرّه)، هذا.

وربما يورد على الاستدلال بالآية الكريمة: بأنّها تدلّ على وجوب الالتزام بالعقد ما دام العقد موجوداً ـ لأنّ للمعاقدة بقاءً عرفياً ـ فما دام موجوداً يجب الالتزام به ويحرم نقضه دون ما إذا كان معدوماً أو مشكوك الوجود كما هو الحال في جميع الأحكام المجعولة على نحو القضية الحقيقية، فإنّ ما دلّ على حرمة الخمر إنّما يقتضي حرمته ما دام موجوداً، وأمّا إذا انقلب إلى الخل وانعدم فلا يمكن التمسّك باطلاق ما دلّ على حرمة الخمر لاثبات حرمته كما هو ظاهر.

ومن الواضح أنّ العقد بعد فسخ أحدهما غير معلوم الوجود لاحتمال ارتفاعه، ومع الشك في وجود الموضوع لا معنى للتمسك بالاطلاق لاثبات وجوب الالتزام على طبقه، فالاستدلال بالآية الكريمة على اللزوم في المعاقدات عند الشك في بقائها وارتفاعها ممّا لا وجه له، اللهمّ إلّا أن يستصحب وجود العقد وعدم ارتفاعه بعد الفسخ، إلّا أنه تمسك واستدلال بالاستصحاب في إثبات اللزوم لا بالآية.

وفيه: أنّ الكلام ليس في الملكية الحاصلة بالعقد حتى يقال بأنّ الملكية بعد الفسخ ورجوع أحدهما مشكوكة، فلا يصح الاستدلال بالآية على عدم جواز نقضه، بل الكلام في أنّ الآية تدلّ على وجوب الالتزام بالعقد وعدم جواز نقضه

والعقد ليس له بقاء عرفي بل هو أمر يوجد وينعدم وهو بحدوثه يكون موضوعاً لوجوب الالتزام بمتعلّقه إلى الأبد . والآية باطلاقها تدلّ على وجوب الالتزام بالعقد بمجرد حدوثه وعدم جواز رفع اليد عن متعلّقه إلى الأبد باطلاقها ، وهذا كما هو الحال في النذر فانّه بحدوثه يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بمتعلّقه إلى الأبد ، وعليه فلا ربط للاشكال بالمقام ولا يرد عليه بوجه .

نعم ، يرد على ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) اعتراضان آخران :

أحدهما : أنّ الآية إنّما دلّت على وجوب الالتزام بالملتزم به وحرمة نقضه فان كان الملتزم به هو العمل الخارجي كما في النذر فيما إذا نذر الاتيان بعمل خارجي فيجب عليه الالتزام به ويحرم عليه تركه لأنه نقض له ، وإذا كان الملتزم به من الأُمور الاعتبارية كالملكية في البيع مثلاً فتدلّ على وجوب الالتزام بذلك الأمر الاعتباري وحرمة نقضه . وأمّا التصرّف في المال حينئذٍ فلا تستفاد حرمته من الآية المباركة لأنه ليس نقضاً للملتزم به ، لما عرفت من أنّ الملتزم به هو الملكية وهي أمر اعتباري ، والمتصرف لا ينقض اعتبار الملكية ، بل يعترف بأنه ملكه ولكنّه يتصرّف فيه خارجاً ، فالآية لا دلالة لها على حرمة العمل الخارجي وهو التصرف في المال في المقام مع قطع النظر عمّا دلّ على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه .

وعلى الجملة : لو خلّينا نحن والآية الكريمة ومع قطع النظر عن حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه لم يمكن أن يستفاد منها حرمة العمل الخارجي وهو التصرف في المبيع أو الثمن ، لعدم كونه نقضاً للملتزم به وهو ظاهر .

والوجه في ذلك : أنّ حرمة التصرف من أحكام الملتزم به وآثاره المترتّبة عليه ، وترك بعض ما يترتّب على الملتزم به لا ينافي الالتزام بذلك الملتزم به ، وهذا نظير ما إذا تزوّج بامرأة والتزم بالزوجية الدائمة وكان بانياً من الابتداء على عدم الانفاق عليها ، فإنه لا إشكال في صحة الزوجية حينئذٍ ، لأنّ عدم العمل ببعض

الآثار المترتّبة على الملتزم به لا ينافي التزامه بذاك الأمر الملتزم به .

وعليه فلا دلالة للآية على حرمة التصرف في المال حتى يتمسّك بـاطلاقها فيما بعد الفسخ ورجوع أحدهما وتدلّ بالدلالة الالتزامية على لزوم المعاملة .

ثانيهما : أنّا إذا سلّمنا دلالة الآية على حرمة التصرف في المال عـلى نحـو الاطلاق لأنه نقض للالتزام الثابت بالعقد ، فنقول هل الآية تـدلّ عـلى وجـوب الالتزام بالعقد في كل آنٍ فآنٍ بأن ينحلّ إلى وجوبات متعدّدة حسب تعدّد الأزمنة والآنات ، فيجب الالتزام في هذا الزمان ويجب الالتزام في الزمان الثاني وهكذا ، أو أنّها تدلّ على وجوب التزام واحد مستمر إلى الأبد ؟

لا ينبغي الاشكال في أنه لا يستفاد منها وجوبات متعدّدة إنحلالية وإنّما هي توجب الالتزام بأمر واحد مستمر ، ومعه فإذا رفع اليد عن هذا الواجب المستمر الواحد ونقض في ساعة ـ مثلاً ـ فلا محالة يسقط عند ذلك الالتزام المستمر بالعصيان ونقض الأمر الواحد المستمر ، ومعه فما الدليل على وجوب الالتزام بـه بـعد ذلك أيضاً ؟

وقد ذكروا نظير ذلك في النـذر وأنـه إذا نـذر الجـلوس في مكـان راجـح كالمسجد ونحوه من أول الصبح إلى الغروب مثلاً فيجب عليه أن يفي بـنذره ذلك ويجلس فيه من أول الصبح إلى الغروب ، وإذا نقض ذلك الالتزام فقام عنه في ساعة فلا يجب عليه الجلوس فيه بعد ذلك الزمان ، لأنه عصى ونقض الالتزام الواجب في حقه ، ومن المعلوم أنّ شمول الآية للنذر والبيع على حد سواء ، ومعه فلابدّ أن يلتزم في المقام بأنه إذا عصى وتصرف في المال مرّة واحدة فلا يجب أن يردّه بعد ذلك إلى مالكه ولا يحرم عليه التصرف فيه . فالآية لا يسـتفاد مـنها لزوم البـيع وحـرمة التصرف بعد الفسخ .

والصحيح في تقريب الاستدلال بالآية على اللزوم أن يقال ـ كما ذكرناه في

باب المعاطاة ـ إنّ الوفاء بمعنى التمام والايفاء بمعنى الاتمام ومتعلّقه هو الالتزام والمعنى أنه يجب إنهاء الالتزام وإتمامه وحرمة نقضه وفسخه وأنه لابدّ من الادامة على ما التزم به من البيع والملكية ويحرم نقضه، وعليه فيكون الفسخ محرّماً لأنه قطع الالتزام ومنع عن الاتمام الواجب.

ثم إنّ المراد بالأمر بالوفاء ليس هو الأمر المولوي حتى يقال إنّ الاتمام واجب تكليفي والفسخ والنقض محرّمان شرعاً، وذلك للقطع بأنّ البقاء على الالتزام ليس من الواجبات، وبأنّ الفسخ ليس من أحد المحرّمات الشرعية بحيث يوجب الفسق ويخرج المرتكب له عن العدالة بسببه، وهذا ممّا تشهد به ضرورة الفقه، فلابدّ من كون الأمر به في الآية المباركة إرشاداً إلى اللزوم وعدم انفساخ العقد بالفسخ نظير النهي عن صلاة الحائض بقوله «دعي الصلاة أيام أقرائك»[1].

وبعبارة أُخرى: أنّ ظهور الأمر في المولوية عند الشك فيها وإن كان غير قابل للانكار إلّا أنّ المورد غير قابل للمولوية في محل الكلام، لبداهة عدم كون الفسخ أحد المحرّمات الشرعية، فلا محالة يكون الأمر إرشاداً إلى أنّ المعاملة والمعاقدة لا تنفسخان بالفسخ.

وعليه فالآية الكريمة تدلّ بالدلالة المطابقية على اللزوم في العقود فيتمسّك بها عند الشك في الجواز واللزوم، هذا.

وربما يقال كما قيل إنّ الأمر يدور في المقام بين أمرين:

فامّا أن يتحفّظ على ظهور لفظ العقود في العموم ويبنى على شموله للعقود المتعلّقة بالالتزام كما في البيع ونحوه ـ لأنّ متعلّقه هو الالتزام ـ وللعقود المتعلّقة بالأفعال الخارجية كالنذر واليمين وغيرهما ممّا يتعلّق بالفعل الخارجي، ونرفع اليد

---

(١) الوسائل ٢ : ٢٨٧ / أبواب الحيض ب٧ ح٢.

عن ظهور الأمر في المولوية ونحمله على الارشاد ونقول : إنّ الوجوب ليس بتكليفي بل هو إرشاد إلى الصحة واللزوم ، لما عرفت من أنه لا معنى للوجوب التكليفي في الالتزام ، للقطع بأنّ الالتزام ليس من الواجبات في الشريعة .

وإمّا أن نتحفّظ على ظهور الأمر في المولوية والوجوب ونرفع اليد عن ظهور كلمة العقود في العموم ونحملها على العقود المتعلّقة بالأفعال الخارجية كالنذر ونحوه ، إذ لا يمكن الجمع بين كلا الظهورين وإلّا فمعناه أنّ الالتزام في العقود المتعلّقة بالالتزامات واجب شرعاً مع القطع بأنّ الالتزام غير واجب .

وعليه فلابدّ من الحكم باجمال الآية أو تقديم ظهور الأمر في الحكم المولوي ، لأنّه أقوى من ظهور العقود في العموم ، فنبني على أنّ الآية لا دلالة لها على حكم العقود المتعلّقة بالالتزام كالبيع ونحوه ، وإنّما تدلّ على وجوب العمل في مثل النذر ونحوه ، هذا .

ويمكن دفعه : بأنّ ظهور الأمر والنهي في المولوية عند دوران الأمر بينها وبين الارشادية وإن كان أقوى وهو المتعيّن لا محالة ، إلّا أنّ المراد بالارشادية في المقام إنّما هو في مقابل التكليف لا في مقابل المولوية ، بمعنى أنّ حمل الأمر على الصحة واللزوم المعبّر عنه بالارشاد وحمله على الوجوب والتكليف كلاهما حمل للأمر على المولوية في المقام ، وليس أحدهما مولوياً والآخر إرشادياً بمعناه المصطلح عليه وهو عدم ترتّب شيء عليه نظير الأمر بالاطاعة في قوله تعالى ﴿أَطِيعُوا اللهَ وَالرَّسُولَ﴾[1] الذي يرجع الانشاء فيه إلى الاخبار بوجود المصلحة ونحوه ، لأنّ الحكم باللزوم مولوي لا محالة ويترتّب عليه الأثر فلا ينفسخ بالفسخ وليس الارشاد في مقابل المولوية بل في مقابل التكليف وهو الحكم الوضعي وكلاهما

(١) آل عمران ٣ : ٣٢ .

مولويان .

وعليه فلا مانع من التحفّظ على كلا الظهورين والبناء على أنّ المراد بالعقود هو العموم الشامل للبيع والنذر كما نبني على أنّ الأمر مولوي ، فلابدّ من الوفاء بهذا المعنى العام في العقود ، إلّا أنّ الأمر المولوي يختلف أثره باختلاف الموارد ، ففي بعضها يقتضي الوجوب فيجب العمل به خارجاً كما في النذر ، وفي بعضها الآخر يقتضي اللزوم والصحة كما في مثل البيع .

وليس ذلك من باب استعمال اللفظ الواحد في أكثر من معنى واحد ، لما سلكناه في باب الانشاء من أنه ليس عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ بل هو إبراز للأمر النفساني . والأمر النفساني في المقام بالاضافة إلى مثل النذر هو الالتزام بالعمل خارجاً ، وبالاضافة إلى مثل البيع هو الالتزام بالملكية وعدم ارتفاعه بالفسخ وقد أُبرزا في الخارج بذلك الانشاء والابراز .

وعلى الجملة : أنه من باب استعمال الانشاء في معناه إلّا أنّ معناه يختلف باختلاف الموارد والمقامات ، ونظير ذلك كثير منها : ما ورد[1] في الشرط من أنه لازم أو جائز بين المسلمين ، فإنّ معناه أنّ الشرط ثابت بينهم مع أنّ الشرط تارة يجب العمل به خارجاً كما إذا شرط أحد المتبايعين على الآخر أن يخيط ثوبه ، وأُخرى لا يجب العمل به خارجاً بل هو شرط بمعنى أنّ تخلّفه يوجب الخيار ، وهذا كما إذا اشترى شخص حنطة وشرط على البائع أن تكون من جنس معيّن ، فإنّ العمل على طبقه غير واجب وإنّما يوجب تخلّفه الخيار ، مع أنه استعمل في الكلام مرّة واحدة .

وعلى الجملة : لا مانع من استعمال اللفظ في معناه واختلاف المعنى بحسب اختلاف الموارد ، وهذا ظاهر .

---

(١) المستدرك ١٥ : ٨٧ / أبواب المهور ب ٣١ .

الثاني من العمومات : قوله تعالى : **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾**[١]. وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] في تقريب الاستدلال بهذه الآية الكريمة ما يقرب من استدلاله في الآية المتقدّمة وملخّصه : أنّها دلّت على حلّية جميع التصرفات المترتّبة على البيع ، لأنّ ذلك هو معنى تحليل البيع ، وبما أنّها مطلقة وغير مقيّدة بخصوص التصرفات الواقعة قبل فسخ أحد المتبايعين فلا محالة تشمل التصرفات الواقعة بعد رجوع أحدهما ، ومن حلّية التصرفات حينئذٍ يستكشف أنّ المعاملة لازمة ، إذ لو كانت جائزة وتنفسخ برجوع أحدهما فلا يكون وجه لحلّية التصرفات لأنّه ملك الغير برجوعه في البيع .

واستدلّ (قدّس سرّه) أيضاً بقوله تعالى : **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾**[٣] وذكر في وجه الاستدلال ما نقلناه عنه في الآية المتقدّمة وملخّصه : أنّ التجارة سبب لحلية التصرفات مطلقاً ولو كانت بعد رجوع أحد المتبايعين ، ومنه يستكشف أنّ البيع لازم كما ذكرناه في الآية المتقدّمة .

ثم إنّه (قدّس سرّه) أورد على الاستدلال بالآيتين الأخيرتين : بأنّ التمسّك بالاطلاق إنّما يصحّ في القيود والحالات السابقة على الحكم كاحتمال تقيّد الموضوع بقيد العدالة أو بغيرها من القيود ، وأمّا القيود الطارئة على الحكم والمتأخّرة عنه فاطلاقه لا يوجب رفعها لتأخّرها عنه ، ومن الظاهر أنّ الشك في المقام في ارتفاع الحكم برجوع أحد المتعاملين وعدم ارتفاعه ولا يمكن التمسك باطلاق الحكم في إثبات عدم ارتفاع نفسه لتأخّره عنه ـ بمعنى أنّ إطلاق الحكم لا يشمل احتمال عدم

---

(١) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٩ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

نفسه وارتفاعه فلا يمكن أن يقال إنّ الحكم ثابت حتى على تقدير ارتفاعه وعدمه وهو ظاهر ـ اللهمّ إلّا أن يتمسّك باستصحاب الحكم بعد فسخ أحدهما وهو تمسك بالأصل لا بالآية.

وأُورد عليه: بأنّ هذا الاشكال غير مختص بالآيتين الأخيرتين بل هو جارٍ في الآية الأُولى أيضاً بتقريب أنّ الأمر بالوفاء لا يمكن أن يشمل باطلاقه احتمال عدمه وارتفاعه، لأنّ الفسخ على تقدير نفوذه يرفع المعاقدة، وبه ترتفع الآثار المترتّبة عليها التي منها وجوب الوفاء بها، فإذا شككنا في نفوذ الفسخ وعدمه فقد شككنا في أنّ الأمر بالوفاء باقٍ أو مرتفع، فلا يمكن التمسك باطلاقه لرفع احتمال ارتفاعه بأن يقال إنّ الوفاء بالعقد وترتيب الأثر عليه واجب حتى في صورة ارتفاعه وعدمه.

ولأجل ذلك تصدّى شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] لبيان الفارق بين الآية الأُولى والآيتين الأخيرتين بعد ما تعرض للاستدلال بالآيتين وهذه المناقشة بعين ما استشكل به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فأفاد في وجه تخصيص الشيخ هذه المناقشة بالآيتين الأخيرتين وعدم تعميمها للآية الأُولى: أنّ الاشكال المذكور لا يرد على الآية الأُولى، لأنّ الحكم إنّما ثبت فيها للعقد بالمعنى المصدري ـ كما ذكرنا سابقاً وقلنا إنّ العقد بحدوثه موضوع للحكم بوجوب الوفاء ـ والفسخ على تقدير تأثيره لا يرفع العقد بالمعنى المصدري لأنّه حدث ولا يمكن رفعه، وإنّما يرفع المعاقدة التي هي العقد بمعنى الاسم المصدري، وبما أنّ العقد لا يمكن رفعه فلا مانع من التمسك باطلاق الحكم الثابت عليه عند الشك في بقائه وارتفاعه. وهذا بخلافه في الآيتين الأخيرتين فإنّ الفسخ على تقدير تأثيره يرفع الحلّية الثابتة للبيع ومع

(١) منية الطالب ٣: ١٢.

الشك في بقائها لا يمكن التمسك بالاطلاق ، هذا .

ولكن الانصاف أنّ الآيتين الأخيرتين قد لا تكون لهما دلالة على اللزوم وعلى تقدير دلالتهما عليه لا يرد عليهما إشكال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وعلى تقدير وروده فهو غير مختص بهما بل وارد على الآية الأُولى أيضاً ، فلنا ثلاث دعاوى :

الدعوى الأُولى : أنّ الآيتين قد لا تكون لهما دلالة على اللزوم .

الدعوى الثانية : أنّه على تقدير دلالتهما على اللزوم لا يرد عليهما إشكال شيخنا الأنصاري : (قدّس سرّه) .

الدعوى الثالثة : أنّ إيراده (قدّس سرّه) على تقدير صحّته لا يختصّ بهما بل هو وارد على الآية الأُولى أيضاً .

أمّا الدعوى الأُولى : فالوجه فيها بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ أنّ الحلّية إنّما رتّبت على نفس البيع ، كما أنّ الحرمة رتّبت على نفس الربا لا على التصرفات ، وعليه فلا يخلو المراد من الحلّية من أحد احتمالات ثلاثة : فإمّا أن يراد منها الحلّية التكليفية وهي الجواز والترخيص . وإمّا أن يراد منها الحلّية الوضعية . وإمّا أن يراد منها الجامع بين الحلّية التكليفية والحلّية الوضعية .

فإن أُريد منها الحلّية التكليفية ، فمعنى الآية أنّ الله سبحانه رخّص في البيع في مقابل الربا حيث حرّمه فمرتكب الربا مرتكب لأمر محرّم دون مرتكب البيع لأنّه أمر رخّص فيه الشارع ولو كان البيع فاسداً أيضاً ، لأنّه ليس من المحرّمات الشرعية ، ومن المعلوم أنّ الترخيص في البيع وتجويزه لا ربط له بلزوم البيع وعدمه ولا دلالة فيه على أنّ هذا الأمر المرخّص فيه لازم ولا ينفسخ بالفسخ ، وهذا ظاهر .

وإن أُريد منها الحلّية الوضعية ، فمعنى الآية أنّ البيع نافذ وصحيح في مقابل الربا فانّه باطل وفاسد ، ولا دلالة فيها على أنّ البيع لازم أو غير لازم وإنّما تقتضي

الحكم بصحّته ونفوذه ، وأمّا أنّه بعد صحّته وتأثيره لا يرتفع بالفسخ أو يرتفع فهو ممّا لا يستفاد من الآية الشريفة .

وإن أُريد منها الجامع بين الحلّيتين كما هو ليس ببعيد ، لأنّ تقسيم الحلّية إلى الوضعية والتكليفية إنّما حدث بين الفقهاء والأُصوليين وإلّا فالحلّية إنّما هي في مقابل العقدة ، فالبيع حلال أي أنه مفتوح السبيلْ وليسْ بمغلق الباب . وهذا المعنى يشمل الترخيص بحسب التكليف والوضع ، بمعنى أنّ التصرف في البيع بايجاده وترتيب الأثر عليه مفتوح السبيل ولا مانع منه في مقابل الربا الذي هو مغلق الباب وممنوع منه بجميع أنحاء التصرف فيه بايجاده أو بترتيب الأثر عليه ، وعلى ذلك أيضاً لا يستفاد منها اللزوم بعد الانعقاد والصحة .

وأمّا بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فلأنّ الآية المذكورة تدلّ على أنّ أكل أموال الناس بالأسباب الباطلة حرام ، وأمّا أكلها بسبب التجارة عن تراضٍ فهو جائز وغير محرّم ، ومن المعلوم أنّ المراد بالأكل ليس هو الازدراد والأكل في مقابل الشرب وإلّا لاختصّت الآية بقليل من كثير من الأموال لأنّ نسبة المأكول من الأموال إلى غير المأكول منها كنسبة القطرة إلى البحر كالأراضي والأملاك والألبسة والحيوانات غير مأكولة اللحم ، بل إنّما المراد بالأكل هو التصرف في المال كما هو شائع في الاستعمال حيث يقال إنّ فلاناً أكل مالي أو داري ، وعليه فالتصرف في الأموال بسبب التجارة عن تراضٍ جائز وهذا أيّ ربط له بلزوم المعاملة والبيع وعدم انفساخها ، وهذا ظاهر .

وأمّا الدعوى الثانية : وهي عدم تمامية إشكال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على الآيتين الأخيرتين ، فالوجه فيها أنّ التمسك باطلاق الحكم حتى في رفع احتمال عدمه والقول بأنّ الحكم ثابت حتى على تقدير ارتفاعه وعدمه وإن كان أمراً غير معقول ولا معنى للتمسك بالاطلاق عند الشك في ارتفاعه وإنّما يتمسك

بالاطلاق عند الشك في قيد من قيود الموضوع ، إلّا أنّ الغرض في المقام ليس هو التمسك بالاطلاق كذلك ، وإنّما يراد التمسك باطلاق الحكم بالحلّية عند الشك في بقائها بعد صدور فعل من الأفعال الخارجية من المشتري أو البائع وهو الفسخ والرجوع ، بمعنى أنّا نشك في أنّ الله تعالى هل جعل الحلّية إلى أن يفسخ أحدهما أو أنه جعلها إلى يوم القيامة ولو مع فسخ أحدهما ، وهذا شك في إطلاق الحكم من حيث فعل المتبايعين ، ولا مانع من التمسك بالاطلاق بالاضافة إليه كما لا مانع من تقييد الحكم به بأن يقال إنّما يحلّ البيع أو التصرفات إلى أن يصدر الفسخ من أحدهما ولا يترتّب عليه أيّ محذور ، فكما لا مانع من تقييده به فلا مانع من إطلاقه بالاضافة إليه وجعل الحلّية إلى الأبد ولو مع صدور هذا الفعل من أحدهما ، فهذه المناقشة غير واردة من أساسها .

وأمّا الدعوى الثالثة : وهي أنّ الايراد على تقدير تماميته يرد على الآية الأُولى أيضاً ، فالوجه فيها ظاهر لأنّا إذا أغمضنا النظر عمّا ذكرناه في وجه الدعوى الثانية وبنينا على أنّ التمسّك بالاطلاق عند الشك في الفسخ أيضاً غير صحيح ، فهذا يأتي في التمسك باطلاق الأمر بالوفاء بالعقود أيضاً ، لأنّ الحكم وإن رتّب فيها على العقد بمعناه المصدري ، والفسخ إنّما يتعلّق بالعقدة الحاصلة من المصدر إلّا أنّ العقدة إذا فسخت فلا محالة يرتفع وجوب الوفاء بالعقد ولو بمعناه المصدري ، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد بعد فسخ المعاملة .

وعليه فالشك في نفوذ الفسخ يرجع إلى الشك في وجوب الوفاء بالعقد وترتيب الآثار عليه ، وقد بنينا على أنّ التمسك باطلاق الحكم بالوفاء حتى على تقدير ارتفاعه وشموله لصورة عدم نفسه غير معقول ، هذا .

ويمكن الاستدلال بالآيتين على اللزوم بوجه آخر : وهو أنّ البيع عبارة عن الالتزام بملكية المثمن للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وهذا الالتزام لو لم يقيّد بالخيار

مطلق بالاضافة إلى الزمان، لأنه قد التزم بالملكية إلى يوم القيامة لا إلى زمان دون زمان، كما أنّه مطلق بالاضافة إلى الزماني وهو الفسخ، ومعناه أنّي التزمت بالملكية مطلقاً سواء رجعت عن التزامي وهو الفسخ أم لم أرجع، وأنّ الالتزام غير مقيّد بعدم الرجوع فيه وغير موقت إلى زمان الرجوع. كما أنّ معنى جعل الخيار في البيع أنّ الالتزام بالملكية والبيع مقيّد بعدم الرجوع فإذا رجعت فالملك لي، ولا معنى للخيار إلّا ذلك، ولا محذور فيه إلّا أخذ الحكم في موضوع نفسه، وقد تقدّم الجواب عنه في بحث أخذ قصد القربة في موضوع الحكم.

وعلى الجملة: لا محذور في الالتزام بالملكية مطلقاً سواء رجع عن التزامه أم لم يرجع فيه، فيكون جعل الخيار في البيع موجباً لتضييق دائرة الالتزام، لأنّه على تقدير عدم جعله يلتزم بالبيع والملكية سواء رجع عن التزامه بعد ذلك أم لم يرجع نظير من أودع عند أحد مالاً وأوصاه بعدم ردّه إليه ولو مع مطالبته المال بنفسه.

وإذا اتّضح هذا فنقول: إنّ مقتضى الآيتين كما عرفت عبارة عن إمضاء المعاملة وما تعاقدا عليه، فإن كان العقد وما تعاقدا عليه التزاماً مقيّداً بعدم رجوعه عن التزامه فيمضيها الشارع على نحو الجواز، وإن لم تكن المعاملة والالتزام مقيّداً بذلك بل مطلقاً من حيث رجوعه وعدمه فلا محالة يمضيها الشارع على نحو الاطلاق وأنه ملك للمشتري أو البائع مطلقاً، سواء رجع أحدهما عن التزامه أم لم يرجع وبعد ذلك ـ أي بعد التزامه على نحو الاطلاق ـ إذا رجع فلا يمكن للشارع إمضاء ذلك الفسخ لأنه يؤدّي إلى التناقض كما هو ظاهر، لأنّ المفروض أنّه أمضاها على نحو الاطلاق، ومعناه أنّ المثمن ملك للمشتري سواء رجع البائع عن التزامه أم لم يرجع ومعه فلا يعقل أن يمضي الشارع فسخ البائع، لأنّ معناه أنه ملك للبائع عند الرجوع، وهذان لا يجتمعان.

وبالجملة: أنّ الآيتين تدلّان على أنّ الشارع يمضي المعاملة حسبما أوقعها

المتعاقدان ، والمفروض أنّهما أوقعاها على نحو يكون الالتزام مطلقاً ولا يحصل الانفساخ بالفسخ وهو معنى اللزوم . وقد ذكروا نظير ذلك في باب الوكالة وأنّه إذا اشترط التوكيل في ضمن عقد على نحو لا ينعزل الوكيل بالعزل فتثبت له الوكالة المطلقة ولا تزول برجوع الموكّل عن التوكيل ، وإن لم نرتض بذلك في الوكالة فراجع .

وممّا استدلّ به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على اللزوم قوله تعالى : **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾**[2]. والاستدلال بها على اللزوم يتوقّف على أمرين :

أحدهما : أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي وأنّ كل تصرّف عُدَّ في العرف باطلاً حرام إلّا أن يدلّ دليل شرعي على جوازه وعدم كونه من الباطل ، وهذا كما في حقّ المارّة والشفعة ونحوهما لأنّهما باطلان عرفاً لو لم يدل عليهما دليل شرعي .

وثانيهما : أنّ فسخ أحدهما وتصرفه في المال من دون رضا الآخر من الباطل عرفاً ، وبعد ضمّ أحد هذين الأمرين إلى الآخر يثبت أنّ الفسخ والتصرف في المال باطل وحرام ولا يكون نافذاً لا محالة ، هذا .

ولكن للمناقشة في الأمرين مجال ، وذلك لعدم الدليل على أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي ، لأنّ الألفاظ موضوعة للمعاني النفس الأمرية والواقعية لا للمعاني المقيّدة بما يراه العرف ، نعم رؤية العرف ونظره طريق إلى الواقع فيما إذا أمضاها الشارع لا أنّها جزء للمعاني ، وعليه فالمراد بالباطل هو الباطل الواقعي في مقابل الحق والثابت ، وبهذا المعنى صحّ قول الشاعر : ألا كل شيء ما خلا الله باطل

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

لعدم ثبوت غيره تعالى وأنّ غيره من الأشياء زائل تالف وليس بحق بل الحق هو الله جلّ شأنه ، ومعه فلا يمكن الاستدلال بالآية في المقام لأنّا نشك في أنّ الفسخ والتصرف في المال باطل واقعاً أو حق ، ومع الشك في ذلك لا يصح التمسك بالعام لأنّ الشبهة مصداقية .

فالاستدلال بجملة المستثنى منه بمجردها غير صحيح ، نعم لو ضمّت إلى جملة المستثنى فيستفاد من مجموعها اللزوم ، لأنّ المركّب منها يدلّ على حصر سبب حلّ التصرّف والأكل بالتجارة عن تراضٍ ، لأنّ الاستثناء من أدوات الحصر ومن الواضح أنّ الفسخ من دون رضا الآخر ليس من التجارة عن تراضٍ فلا يكون موجباً لحل الأكل والتصرفات ، هذا كلّه بناءً على أنّ المراد بالباطل هو الباطل الواقعي في مقابل الحق .

وأمّا بناءً على أنّ المراد بالباطل هو الباطل العرفي كما ادّعاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) فحينئذٍ إن قلنا بأنّ الموارد الخارجة عن النهي خارجة عن عنوان الباطل العرفي بالتخصيص ـ بمعنى أنّ مثل حقّ المارّة والشفعة والخيار من الباطل العرفي حقيقة إلّا أنّ الشارع خصّصها وأخرجها عن حكم الحرمة مع كونها داخلة في الموضوع ـ فلا مانع من التمسك بعموم ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ الخ لاثبات عدم جواز الفسخ وعدم نفوذه ، لأنه باطل عرفاً ولم يرد مخصّص يخرجه عن الحكم ، وهذا ظاهر .

وأمّا إذا قلنا بأنّ موارد ترخيص الشارع خارجة عن الباطل العرفي حقيقة كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلا يصحّ التمسّك بالعموم لاثبات عدم تأثير الفسخ ، وذلك لأنّ الموضوع للحكم حينئذٍ ليس هو الباطل العرفي بمجرده بل الباطل العرفي بقيد أن لا يرخّص فيه الشارع ، وإلّا فهو مع ترخيصه ليس من

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠ .

الباطل الموضوع للحكم ، وصدق هذا العنوان المقيّد بعدم ترخيص الشارع على الفسخ غير معلوم ، إذ نحتمل أنّ الشارع رخّص فيه كما نحتمل عدمه ، فنشك في أنّ الفسخ هل هو من أفراد الموضوع للحكم أو من غيرها ، ومع الشك في الموضوع لا مجال للتمسك بالعموم .

ومن جملة الوجوه التي استدلّ بها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المقام قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه »[2] ذكر (قدّس سرّه) أنّ وجه الاستدلال به يظهر ممّا قدّمه في الاستدلال بقوله تعالى ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا**﴾ الخ .

ولا يخفى أنّ الحلّية تارةً تحمل على الحلّية التكليفية فحسب فيقال لا يجوز التصرف في مال المسلم إلّا عن طيب نفسه ، وعليه فلا مانع من الاستدلال به على حرمة الفسخ تكليفاً ، لأنه تصرف في مال المسلم من دون رضاه وهو أمر محرّم . وأُخرى تحمل على الحلّية الوضعية كذلك أي فحسب بمعنى عدم الامضاء والنفوذ أي لا ينفذ تصرف الغير في مال المسلم إلّا بطيب نفسه ، وعلى هذا أيضاً لا مانع من الاستدلال به على عدم نفوذ الفسخ وعدم إمضائه ، لأنّه أيضاً متعلّق بمال المسلم لا عن طيب نفسه ، هذا بالاضافة إلى إرادة الحلّية التكليفية بمجردها أو الوضعية كذلك .

ولكن هل يصحّ في المقام إرادة الجامع بين الحلّيتين كما صحّ ذلك في مثل ﴿**أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ**﴾ على ما أشرنا إليه سابقاً حتى يمكننا أن نستدلّ بهذه الرواية على اللزوم وعدم تأثير الفسخ في المعاملات ، أو أنّ إرادته غير ممكنة ؟ الظاهر هو

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف يسير) .

الثاني ، لأنّ ظاهر قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا يحلّ مال امرئ مسلم » أنّ الموضوع للحكم هو المال الذي يكون مضافاً إلى المسلم والغير ومقارناً للتصرف فيه بحسب الزمان . وبعبارة أُخرى : ظاهر الرواية أنّه لابدّ وأن يكون مال الغير متحققاً في رتبة سابقة على التصرفات وزمان سابق عليها بأن يحرز أنّ المال مال زيد مثلاً حينما يتصرف فيه المتصرف بالأكل والتملّك وأشباههما ، ومعلوم أنه مع الفسخ لا يمكن إحراز هذا المعنى بأن يحرز أنّ المال الذي يتصرف فيه هذا المتصرف هو مال زيد المشتري ، وذلك لاحتمال أنه مال نفس هذا المتصرف بسبب الفسخ .

وعلى الجملة : إرادة الحلّية التكليفية بمجردها بالاضافة إلى مورد والوضعية بالاضافة إلى مورد آخر وإن كان ممكناً في نفسه ، إلّا أنّ ظهور المال في المقام في كونه مالاً للغير المسلم في زمان سابق على التصرفات يمنعنا عن إرادة الجامع بينهما ، وبما أشرنا إليه يظهر أنّ ارادة الحلّية الوضعية أيضاً أمر غير صحيح ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ الحل والحرمة المضافتين إلى الموضوعات الخارجية لا معنى لهما ظاهراً ، إذ لا معنى مثلاً لحرمة ذات الماء أو الخمر أو الاُمّهات أو غير ذلك من الأعيان الخارجية ، فلابدّ أن يراد في موارد إضافة الحرمة أو الحلّية إليها الآثار الظاهرة فيها ، أو إرادة جميع الآثار بحسب المناسبات الموجودة بين الأحكام وموضوعاتها حسب اختلاف الموارد والمقامات . مثلاً إذا ورد أنّ الخمر حرام فبما أنه لا معنى لأن تكون ذات الخمر محرّمة فلابدّ أن نقدّر إرادة شربه ، لأنه أظهر الآثار المترتّبة على الخمر ، فنحكم بذلك على حرمة شرب الخمر فقط ولا نتعدّى منها إلى حرمة بيعه أيضاً بنفس هذا الدليل ، وإذا ورد ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾[1] فلا محالة تحمل على إرادة حرمة نكاحهنّ ، لأنه الأثر الظاهر في النساء دون مثل النظر إليها أو

(١) سورة النساء ٤ : ٢٣.

المعاملة معها ونحو ذلك . وفي المقام حيث أُسندت الحلّية إلى نفس المال وهي كما عرفت ممّا لا معنى لها ، فلا مناص من حمله على الأثر المناسب له وليس هو إلّا التصرف فيه بأكل أو بنقل من مكان إلى مكان أو بنحو ذلك من التقلّبات الخارجية .

وأمّا التصرفات الاعتبارية كتملّك المال ونحوه فالحرمة منصرفة عنها كما لا يخفى . إذن لا دلالة للحديث على عدم حصول التملّك بالفسخ كما أراده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وممّا استدلّ به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في المقام قوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم »(٢) ومقتضى سلطنة الشخص على ماله عدم جواز أخذه من يده وتملّكه عليه ، هذا .

ولا يخفى أنّ الرواية ضعيفة السند ولا يمكن الاعتماد عليها كما ذكرناه في البيع وعلى تقدير تسليم سندها لا دلالة لها على اللزوم لأنّ معناها أنّ المالك مسلّط على ماله وله التصرف فيه كيف ما شاء بأكله أو بيعه أو هبته وغير ذلك ممّا يوجب تلفه حكماً أو حقيقة ، وليس لأحد منعه عن التصرف فيه لأنّ المالك ليس محجوراً عليه في التصرف بماله .

وعلى الجملة : فمقتضى السلطنة أن يتصرف في ماله بما شاء ، ولا يستفاد منها أنّ غيره لا سلطنة له على المال ولا يتمكّن من التصرف فيه ببيعه ونحوه ، اللهمّ إلّا من باب مفهوم اللقب وأنّ مفهوم كون المالك مسلّطاً على ماله عدم تسلّط الغير عليه ، ولكن مفهوم اللقب ليس بحجّة ، وهذا نظير السلطنة الثابتة للأب على مال ولده فإنّ ثبوت سلطنة الأب عليه لا يدل على عدم سلطنة الجد عليه ، بل كلاهما

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

مسلّطان ولهما الولاية عليه .

وبالجملة : أنّ الرواية إنما تنفي حجر المالك عن التصرف في ماله ، وأمّا أنّ غيره لا سلطنة له عليه فلا يستفاد منها بوجه . هذا .

مع إمكان أن يقال إنّ الرواية رتّبت سلطنة كل مالك على ماله بمقتضى الاضافة ، والفسخ رافع لموضوع السلطنة لأنه يوجب خروج المال عن كونه مال الغير وصيرورته مال الفاسخ ، ومن المعلوم أنّ الرواية لا نظر فيها إلى ما يثبت موضوع نفسها أو ينفيه ، لأنّها تثبت السلطنة على فرض تحقّق موضوعها وهو كون الشيء مالاً لشخص ، وأما أنّ هذا المال مال للفاسخ أو لغيره فليست الرواية ناظرة إلى ذلك كما هو الحال في سائر القضايا الحقيقية . وعليه فلا منافاة بين نفوذ الفسخ وسلطنة كل مالك على ماله .

وممّا استدلّ به (قدّس سرّه)[1] قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »[2] وقد ذكر (قدّس سرّه) في تقريب الاستدلال به أنّ الشرط عبارة عن مطلق الالتزام والعهد فيصدق على مثل البيع وغيره من المعاملات . ثمّ ناقش فيه بأنّ الشرط لا يطلق على الالتزامات الابتدائية ، هذا .

ونحن لو سلّمنا أنّ الشرط يستعمل في الالتزامات الابتدائية وقلنا بأنّ الشرط في مثل قوله (عليه السلام) « ما الشرط في الحيوان ؟ قال ثلاثة أيّام للمشتري »[3] ونحوه مستعمل في الشرط الابتدائي ، إذ لم يسبق من الله تعالى عهد أو عقد حتى يكون الشرط المذكور مذكوراً في ضمنه ، وإنّما شرطه الله تعالى

---

(١) المكاسب ٥ : ٢١ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١١ / أبواب الخيار ب ٣ ح ٥ .

وعهده ابتداء ـ مع إمكان حمله على الشروط الضمنية بارجاعه إلى الامضاء بأن يقال إنّ امضاءه تعالى للعقد والبيع مشروط بالخيار في الحيوان كذا أو في المجلس كذا ـ فلا نسلّم صحّة إطلاقه عرفاً على مثل البيع وغيره من المعاملات وإن كان شاملاً له بحسب معناه اللغوي ، وذلك لعدم إطلاق الشرط على البيع ، فإذا باع أحد داره فلا يصح أن يقال عرفاً إنّ فلاناً شرط داره بل يعدّ الاستعمال المذكور من الأغلاط . وعليه فمناقشة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام في محلّها ، هذا .

ثم إنّ استفادة اللزوم من قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم » في غاية الاشكال ، لأنّ سياقه سياق قوله : المؤمن عند عدته ، فهو إخبار بحسب الصورة وإن كان إنشاء بحسب المعنى فكأنّه يخبر عن أنّ المؤمن ملاصق لشرطه ووعده ولا ينفك عنه ، إلّا أنّ الحديث أُخذ في موضوعه « المؤمنون » وقد رتّب على هذا العنوان قوله « عند شروطهم » ولم يرتّبه على جميع الناس ، فيستفاد من الحديث المذكور أنّ الحكم المذكور فيه من أحكام صفة الايمان وأنّ المؤمن بوصف أنه مؤمن ولا يعصي الله تعالى لا ينفك عن شرطه بخلاف الفاسق الذي يعصي الله تعالى فانه ينفك عن شرطه ولا يلازمه ، ومعه فيستفاد من الحديث المذكور أنّ ذلك حكم تكليفي فحسب . نعم لو كان عوض كلمة « المؤمنون » كلمة الشارطون ونحوها لكانت استفادة اللزوم منه بمكان من الامكان .

ثم إنّ إرادة وجوب العمل على طبق الشرط إنّما يتم فيما إذا كان متعلّقاً بفعل من الأفعال الخارجية كالنذر المتعلّق بالفعل لأنه شرط فيراد منه وجوب العمل بذلك الفعل ، أو إذا اشترط فعلاً كالخياطة في ضمن عقد ـ مثلاً ـ فيجب عليه العمل بذلك الشرط ، وأمّا إذا تعلّق بأمر اعتباري كالملك في المقام فلا يمكن حمله على وجوب العمل على طبقه لأنه ليس من الأعمال كما لعلّه ظاهر .

وإن شئت قلت : إنّ الاستدلال على اللزوم بقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند

شروطهم » مخدوش صغرى وكبرى .

أمّا بحسب الصغرى ، فلأنّا نمنع صحة إطلاق الشرط على الشروط الابتدائية عند العرف كالبيع والاجارة ولو قلنا باستعماله في ذلك في كلمات الفصحاء والأكابر ، إلّا أنّ استعماله في مثل البيع ونحوه يعدّ من الأغلاط ، لأنّ الشرط إنّما يستعمل في الربط الحاصل في ضمن عقد أو شيء آخر ، وهذا ظاهر .

وأمّا بحسب الكبرى ، فلأنّ ظاهر قوله (عليه السلام) « عند شروطهم » الذي هو بمعنى أنّهم ملاصقون لشروطهم كناية عن أنّهم يعملون بها هو الوجوب التكليفي ، لأنه إخبار عن أنّ المؤمن الذي لا يرتكب المعصية لا يتخلّف عن شروطه كقوله المؤمن لا يزني أو لا يكذب ، والمقصود هو الكناية عن وجوب الترك في الأمثلة ووجوب العمل على طبق الشروط في المقام ، ومن الظاهر أنّ المناسب للمؤمن هو ذلك ، يعني أنّ المؤمن لا يرتكب الحرام فيعمل بشروطه دون غير المؤمن كما هو واضح . وأمّا إرادة اللزوم فهي لا تختص بالمؤمن ، لأنّ البيع لو كان لازماً فلا يختلف بالاضافة إلى المؤمن أو الفاسق للزومه في كليهما ، وهذا بخلاف الوجوب فانّ العمل على طبقه من خصائص المؤمن دون غيره .

ومن جملة ما استدلّ به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[(١)] في المقام : ما دلّ على أنّ البيّعين بالخيار ما لم يفترقا ، وأنه إذا افترقا وجب البيع ، وأنه لا خيار لهما بعد الرضا[(٢)]. وقد استدلّ (قدّس سرّه) بهذه الأخبار على اللزوم في خصوص البيع دون غيره من المعاملات لوضوح اختصاص الأخبار بالبيع . وتقريب الاستدلال بها واضح ، فإنّ المستفاد منها أنّ البيع لازم بعد الافتراق والرضا وأنه لا ينفسخ

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢ .

(٢) راجع الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ .

بالفسخ والرجوع ، هذا .

وقد أورد عليه المحقّق الخراساني (قدّس سرّه)[١] وتبعه غيره بأنّ هذه الأخبار لا دلالة لها على لزوم البيع بعد الافتراق من جميع الجهات ولو من جهة خيار الغبن أو العيب ونحوهما ، وإنّما هي تدلّ على اللزوم من جهة خيار المجلس فقط وأنه بعد الافتراق لازم من ناحية خيار المجلس ، وأمّا أنه لازم من جهة أمر آخر أو سائر الخيارات فهي ليست بصدد بيان ذلك فلا إطلاق فيها بالاضافة إليها حتى يتمسّك باطلاقها عند الشك في انفساخها بالفسخ والرجوع .

وهذا الكلام من الغرائب ، لأنّ الروايات المذكورة ظاهرة في أنّ البيع لازم بعد الافتراق وبعد حصول الرضا منهما ، وكونه كذلك غير مقيّد بشيء ، فاطلاقها يقتضي اللزوم سواء كان هناك غبن أم لم يكن وسواء كان المبيع معيباً أم لم يكن ، بل هذا الاطلاق من أقوى الاطلاقات في الفقه فإنّ بعض الأخبار تعرّضت إلى خيار الحيوان ودلّت على أنّ الشرط فيه ثلاثة أيّام وفي المجلس ما لم يفترقا وأنه بعد ذلك يكون لازماً ، فمنه يظهر أنّ لها نظراً إلى سائر الخيارات وكأنّها دلّت على أن البيع لازم من جميع الجهات ومن تمام الحيثيات .

ثم إنّ المتحصّل من جميع ما ذكرناه في المقام : أنّ المعاملة إذا كانت تقتضي الملكية فعلاً فيتمسك لاثبات لزومها بقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٢] لأنه دلّ على حصر السبب المحلّل للأكل بالتجارة عن تراضٍ ، والفسخ ليس تجارة عن تراضٍ فيكون أكل المال بذلك من

---

(١) حاشية المكاسب (الآخوند) : ١٤٩ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

الأكل بالباطل ، وبقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] لما تقدّم من دلالته على اللزوم .
وأمّا إذا لم تقتض الملكية فعلاً وإن اقتضتها بعد ذلك كما هو الحال في المضاربة والمساقاة والسبق والرماية وغيرها ممّا لا يقتضي الملكية قبل العمل فيتمسك لاثبات لزومها بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولا يصح التمسك فيها بقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ الخ ، إذ لا ملكية في البين حتى يقال إنّ فسخها والرجوع فيها أكل للمال بالباطل . نعم بعد حصولها لا مانع من التمسك به أيضاً .

التمسّك بالاستصحاب لاثبات اللزوم

ثم إنّ الشيخ (قدّس سرّه)[٢] تعرّض إلى الاستصحاب وذكر أنه ربما يتمسك في المقام باستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأول عن العين ، وبه يصح أن يرجع في البيع أو غيره من المعاملات ، وهذا الأصل حاكم على استصحاب الملكية بعد فسخ أحدهما ، لأنّ الشك فيهما من قبيل الشك السببي والمسبّبي ، إذ الشك في بقاء الملكية وعدمه ناشئ عن الشك في جواز فسخ المالك وعدمه ، فإذا استصحبنا العلقة السابقة فمقتضاه أنّ المالك يجوز أن يفسخ المعاملة وبه يرتفع الشك في بقاء الملكية وعدمه .

وأجاب (قدّس سرّه) عن ذلك : بأنّ المراد إن كان هو بقاء علاقة الملك أو بقاء الآثار المترتّبة على الملك كجواز الوطء في مثل الأمة ونحوه ، فهذه العلاقة وإن كانت ثابتة قبل المعاملة ، إلّا أنّا نقطع بزوالها بالبيع ، فلا شك لنا في بقائها لنستصحبها .

وإن اُريد بالعلاقة علاقة الملك بمعنى السلطنة على إعادة العين وتملّكها

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٢ .

فهذه العلاقة وإن كانت مشكوكة إلّا أنّها لم تثبت للمالك ما دام مالكاً حتى نستصحبها ، فإنّها لو ثبتت فإنّما تثبت بعد خروج العين عن ملكه ، وحينئذ يمكن أن يقال إنه مسلّط على إرجاعها وتملّكها ، وأمّا مع كونها تحت ملكه فلا معنى لتسلّطه على إرجاعها إلى ملكه مع أنه مالك لها ، فهذه العلاقة لا حالة سابقة لها فلا يجري فيها الاستصحاب ، ومعه فيبقى استصحاب الملكية بلا معارض .

وإن أُريد بالعلاقة العلاقة الثابتة للمالك في المجلس للقطع بأنه ما دام لم يفترقا يتمكّن من إرجاعها ، فيستصحب هذا التمكّن والعلاقة إلى ما بعد افتراقهما فالجواب عنه أمران : أحدهما : أنّ ذلك أخص من المدّعى ، لامكان فرض الكلام فيما لم يثبت فيه خيار المجلس كما إذا اشترطا سقوطه في ضمن المعاملة ويأتي موارد عدم خيار المجلس عن قريب إن شاء الله ، بل لا يصح الرجوع إلى الاستصحاب حتى في موارد ثبوت خيار المجلس بناءً على أنّ الشك في استمرار حكم المخصِّص يُرجع فيه إلى عموم العام ـ وهو هنا **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ـ لا إلى الاستصحاب .

وثانيهما : أنّ الأخبار دلّت على ارتفاع تلك العلاقة بعد الافتراق ، ومع دلالة الدليل على الارتفاع لا مجال للاستصحاب .

وكيف كان ، فلا يبقى مجال لاستصحاب بقاء العلاقة ويجري استصحاب الملكية بلا مزاحم . ثم أمر (قدّس سرّه) بالتأمّل ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من جريان استصحاب الملكية بعد الافتراق إنّما يتم فيما إذا قلنا بمقالة المحقّق الخراساني (قدّس سرّه) من عدم دلالة الأخبار الواردة في خيار المجلس على لزوم البيع من جميع الجهات ، وإنّما دلّت على لزومه من جهة خيار المجلس فقط ، إذ حينئذٍ لا مانع من استصحاب الملكية بعد فسخ أحدهما . وأمّا بناء على ما أفاده (قدّس سرّه) وقوّيناه من دلالة الأخبار على لزوم البيع بعد الافتراق من جميع الجهات فلا وجه للتمسك باستصحاب الملكية حينئذٍ لوجود

الدليل على الملكية .

وبالجملة : أنّ هذه الروايات كما تمنع من جريان استصحاب عدم ارتفاع العلقة الثابتة في المجلس لدلالتها على اللزوم بعد الافتراق ، كذلك تمنع من جريان استصحاب الملكية بعده .

وكيف كان فلا وجه للتمسك باستصحاب الملكية مع وجود الروايات . ولعلّه إلى ذلك أشار بالأمر بالتأمّل .

ثم إنه (قدّس سرّه)(١) تعرّض إلى كلام العلّامة (قدّس سرّه) في المختلف(٢) وذكر أنّ ظاهره أنّ الأصل عدم اللزوم عند الشك في مثل المسابقة من أنّها لازمة أو جائزة . وقال إنّ من تأخّر عنه (قدّس سرّه) لم يردّه إلّا بعموم قوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ثم ذكر أنّ التمسك بأوفوا بالعقود في مثل المسابقة ونحوها ممّا لا يتضمّن تمليكاً أو تسليطاً قبل العمل وإن كان صحيحاً وبه نحكم بلزومها إلّا أنه لولا عموم هذا الدليل لم يكن مانع من استصحاب عدم اللزوم في مثل المسابقة لعدم اشتمالها على تمليك أو تسليط قبل العمل ويجوز لهما الرجوع ، فإذا رجع أحدهما بعد العمل وشككنا في لزومها حتى لا يؤثّر فيها الفسخ وجوازها حتى يؤثّر فيه فيتمسك باستصحاب الجواز ، وبه نثبت أنّ الأصل في مثل المسابقة عدم اللزوم . وكيف كان فقد استحسن هذا الاستصحاب في المسابقة ، هذا .

وقد ذكرنا تفصيل ذلك في بحث الاستصحاب التعليقي(٣) وذكرنا أنّا لا نقول بجريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية الإلهية ، وعلى تقدير القول به فلا نقول

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٣ .

(٢) المختلف ٦ : ٢٥٥ .

(٣) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ١٦١ التنبيه السادس .

بجريانه في الأحكام التعليقية ، إلّا أنه لا مانع من جريان الاستصحاب في مثل المسابقة والجعالة ونحوهما فيما إذا قلنا بجريانه في الأحكام الكلية ، إذ ليست تلك العقود من قبيل الأحكام التعليقية ، وذلك لأنّ الحكم في موارد التعليق غير محقّق فعلاً ومعلّق على ثبوت أمر آخر وهو المعلّق عليه ، ولذا أنكرنا جريان الاستصحاب فيه ، وفي هذه العقود ليس الالتزام تعليقياً بل هو فعلي والملتزم به أمر تقديري وذلك لأنّ الالتزام فيها على نحو القضية الحقيقية وكأنه انعقد على أنّ كل من سبق الآخر فله كذا ، فالحكم والالتزام فعلي والملتزم به وهو الجزاء معلّق على تحقّق السابق على الآخر خارجاً ، ولأجله إذا شككنا بعد العمل في أنّ الالتزام هل يرتفع بالفسخ أو لا يرتفع فيستصحب الالتزام السابق لا محالة ، لأنّ الالتزام الفعلي بعد ما صدر منهما فقد أمضاه الشارع حسب الفرض فلو بدا لأحدهما في التزامه بعد العمل فلا يبدو للشارع في إمضاء التزامهما .

وعلى الجملة : يجري استصحاب الالتزام في المسابقة ونحوها بلا إشكال كما ذكرنا تفصيل ذلك في الأُصول وتعجّبنا من شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تبعاً لشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) حيث إنّه التزم بجريان الاستصحاب في الأحكام التعليقية ولم يلتزم به في المقام أعني عقود المسابقة والجعالة ونحوها ـ ولعلّه من جهة عدم ثبوت اللزوم قبلها فيكون من الاستصحاب التعليقي ـ لأنه كما عرفت يستصحب الجواز دون اللزوم ، وياليته عكس الأمر والتزم بجريان استصحاب اللزوم في المقام ومنع من جريانه في الأحكام التعليقية .

أصالة اللزوم في الشبهات الموضوعية

ثم إنّ ما ذكرناه من أنّ الأصل في المعاملات اللزوم من جهة عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** أو الاستصحاب أو غيرهما إنّما هو في الشبهات الحكمية كما إذا شككنا في

أنّ البيع لازم أو جائز ، وأمّا في الشبهات الموضوعية كما إذا شككنا في أنّ الواقع في الخارج هل هو عقد بيع حتى يحكم بلزومه أو أنه عقد هبة حتى يحكم بجوازه للعلم بخروج مثل الهبة عن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره من الأدلّة الدالّة على اللـزوم فإن قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية فلا مـانع مـن التمسك بـعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لاثبات اللزوم .

وأمّا إذا منعنا عنه فإن كان هناك أصل موضوعي يثبت الجواز أو اللزوم فهو المتّبع ، وهذا كما إذا شككنا في أنّ الهبة ممّا قصد به القربة حتى لا يجوز فيها الرجوع لأنّ ما كان لله فلا رجوع فيه ، أو أنّها ممّا لم يقصد به القربة فيجوز الرجوع فيها ، لأنّ الأصل في مثله عدم قصد القربة وبه يثبت الجواز .

فكذلك الحال فيما إذا شككنا في أنّ بين الواهب والمتّهب قرابة وأنّ الهبة إليه هبة إلى ذي الرحم حتى يحكم بلزومها أو أنه لا قرابة بينهما وأنّ الهبة إليه هبة إلى غير ذي الرحم فيحكم بجوازها ، لأنّ الأصل يقتضي عدم القرابـة بـينهما وأنـه لم يتولّد المتهب من اُمّه أو عمّه ونحوهما وبه يثبت الجواز .

أو إذا شككنا بعد انقضاء المجلس في أنّهما هل جعلا الخيار في البيع أم لم يجعلاه فيستصحب عدم جعلهما الخيار وبه يثبت اللزوم .

وإن لم يكن في البين أصل موضوعي ـ وهذا كما إذا شككنا في أنّ الواقع عقد بيع أو هبة أو أنّه صلح أو عقد جائز آخر ـ فلابدّ من الرجوع إلى استصحاب الملكية بعد رجوع أحدهما وفسخه لأجل الشك في ارتفاعها به ، هذا فيما إذا قلنا بجـريان الاستصحاب في الأحكام ولو في الشبهات الموضوعية كالمقام .

وأمّا إذا بنينا على عدم جريان الاستصحاب في الأحكام حتى في الشبهات الموضوعية من جهة الشك في مقدار المجعول من الابتداء ، إذ لا نعلم أنّ الملكية هل جعلت إلى زمان الفسخ أو إلى الأبد ولو بالاضافة إلى هذا الفرد من العقد ، فالأصل

الجاري في المجعول بعد الفسخ يعارض الأصل الجاري في عدم الجعل في المقدار الزائد وهو ما بعد زمان الفسخ .

وعليه فيشكل الأمر في المقام ولا محيص حينئذٍ إلّا أن يقال إنّ الثابت بالأدلّة المتقدّمة كأوفوا بالعقود وغيره أنّ كل عقد لازم وإنّما خرج من ذلك الهبة فإذا أثبتنا عدم كونه هبة ـ فيما إذا شككنا في أنه صلح أو هبة ـ فلا نحتاج إلى إثبات أنه صلح في الحكم باللزوم ، بل بمجرد أنه لم يكن هبة فهو لازم بمقتضى العموم المذكور .

وبكلمة اُخرى : نثبت عدم كون العقد الواقع هبة باستصحاب العدم الأزلي وبعد عدم كونه هبة يدخل تحت العموم ، وقد فرضنا أنّ العقود لازمة فيتمسك بالعموم فيه لا من باب التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية بل من جهة إحراز أنه من أفراد العموم ببركة إجراء الأصل في العدم الأزلي ، هذا فيما إذا لم يكن لكل واحد من المحتملين أثر يترتّب عليه كما في مثل الصلح والهبة .

وأمّا إذا كان لكل واحد من المحتملين أثر يترتّب عليه كما إذا شككنا في أنّ الواقع عقد بيع أو هبة ، حيث إنّ أثر البيع وجوب دفع الثمن إلى البائع وأثر الهبة جواز الرجوع فيها وكون الفسخ مؤثّراً ، ففي مثل ذلك يكون الأصل الجاري في كل واحد منهما معارضاً بالأصل الجاري في الآخر ، ولا يجري فيه ما ذكرناه من التمسك بالأصل في العدم الأزلي فينتهي الأمر إلى التصالح بينهما .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من الرجوع إلى البراءة عن وجوب دفع العوض فهو إنّما يتم قبل الفسخ ولا يتم فيما إذا فسخ ، لأنه إذا فسخ فيعلم بوجوب أحد الأمرين عليه إجمالاً ، فامّا أنّه يجب عليه دفع العوض إلى المالك لو كان بيعاً في الواقع ، وإمّا أنه يجب عليه دفع نفس العين لو كان هبة ، ومعه فلا

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٤ .

تجري البراءة عن وجوب دفع العوض بل لابدّ من المصالحة بينهما .

الكلام في أقسام الخيار

أقسام الخيار وإن كانت كثيرة وربما عدّها بعضهم إلى أربعة عشر قسماً إلّا أنّ جلّها يرجع إلى خيار تخلّف الشرط ، ولذا لم يتعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا إلى سبعة منها لأنّها العمدة .

خيار المجلس

والأوّل منها خيار المجلس ، وقد سمّي هذا الخيار الثابت للمتبايعين قبل الافتراق بخيار المجلس من جهة أنّ الغالب تحقّقه في حالة الجلوس وإلّا فلا اختصاص له بالمجلس أبداً ، ولذا يتحقّق فيما إذا تعاملا قائمين من دون جلوس . كما أنه لا اختصاص لهذا الخيار بالمكان لثبوته فيما إذا كانا ماشيين أو كان أحدهما في حالة العدو والفرار والآخر يتبعه .

ومنه يتّضح أنه لا وجه لما يتراءى من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من اختصاصه بالمكان ، لما عرفت من ثبوته حال الفرار والمشي ما لم يتفرّقا ، ولذا لو كان يعبّر عن هذا الخيار بخيار الاجتماع في مقابل الافتراق لكان أولى وأحسن .

وهذا الخيار لا إشكال في ثبوته بينهم للنصوص المستفيضة الدالّة على أنّ البيّعين بالخيار ما لم يفترقا وإذا افترقا وجب البيع(1) أو بعبارات اُخرى نحوها .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذكر موثّقة عن الصادق (عليه السلام) حاكية عن علي (عليه السلام) أنه قال : « إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب »(2) ثم أفاد أنّ الرواية المذكورة وإن كانت موثّقة إلّا أنّها مطروحة أو مؤوّلة في مقابل الأخبار

---

(1) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ .

(2) الوسائل ١٨ : ٧ / أبواب الخيار ب ١ ح ٧ .

المستفيضة الدالّة على ثبوت هذا الخيار كما أوّلها بعضهم فحملها على التقية، هذا.

والظاهر أنّ الموثّقة لا تحتاج إلى طرح أو تأويل لعدم دلالتها على نفي الخيار وذلك لأنّ معنى التصفيق على ما في اللغة ضرب أحدهما يده على يد الآخر دلالة على لزوم البيع وكناية عنه، فإذا صفقا فمعناه أنّهما ألزما البيع باسقاطهما الخيار. ولا ينبغي الاشكال في أنّهما إذا أسقطا الخيار وجب البيع ولزم، وهذا لا يدلّ على عدم ثبوت خيار المجلس فيما إذا لم يسقطا الخيار حتى يحتاج إلى الطرح أو التأويل.

وممّا يؤكّد ما ذكرناه: وجود لفظ البيع في الموثّقة حيث قال (عليه السلام) «إذا صفق الرجل على البيع» فإنه يستفاد منه أنّ البيع كان متحقّقاً بينهما ثم حصل التصفيق منهما لاثبات لزومه باسقط الخيار لا أنّهما صفقا لايجاد البيع.

ثبوت خيار المجلس للوكيل

لا إشكال في ثبوت خيار المجلس للمالك والوكيل في الجملة. وأمّا أنّه هل يثبت للوكيل مطلقاً فهو مورد الخلاف بينهم، وتوضيح ذلك: أنّ الوكيل على ثلاثة أنحاء:

الأوّل: أن يكون الوكيل وكيلاً في مجرد إجراء العقد والصيغة بين المتعاملين من دون أن يكون وكيلاً في ردّ الثمن أو المثمن أو تبديلهما بشيء آخر أبداً كما يشاهد ذلك في مثل النكاح والمعاملات الواقعة على الأموال الخطيرة حيث يوكّلون العالم بالصيغة وشرائطها في إجراء العقد الواقع على المال المعيّن بازاء العوض المعيّن، وفي هذا النحو لا قدرة للوكيل في غير إجراء العقد بل هو كأنه لسان الموكّل لا أكثر وكأنّ الموكّل يجري الصيغة بلسان الغير.

الثاني: أن يكون الوكيل وكيلاً مفوّضاً في بيع المال إلى أيّ شخص أراد أو بأيّة قيمة شاء، وهذا كما يتّفق في الدلّالين حيث يعطي مالك المال ماله إلى الدلّال

ويوكّله في بيعه ويفوّض أمر المال إليه ، فله أن يبيعه لمن شاء وبأيّة قيمة أرادها وهو الذي تنقضي وكالته بالبيع أو الشراء .

الثالث : أن يكون الوكيل وكيلاً مفوّضاً بنحو أوسع من الثاني بأن يكون وكيلاً في بيعه ومختاراً في بيع ثمنه أو المثمن بشيء آخر وبيع العوض الثاني وهكذا وكأنه المالك بعينه ، فهو مفوّض في جميع التصرفات الواقعة على المال بردّه وقبوله وبيعه وفسخه ، وهذا كما في عامل المضاربة فانّه وكيل من قبل المالك في التصرف في المال بأيّ نحو أراد ، هذه أقسام ثلاثة للوكيل .

أمّا القسم الأول : فقد ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] إلى عدم ثبوت الخيار له خلافاً لما حكي عن صاحب الحدائق (قدّس سرّه)[٢] حيث ذهب إلى ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة حتى مع منع المالك عن ثبوته للوكيل .

وقد استدلّ الشيخ (قدّس سرّه)[٣] على ذلك بوجوه :

منها : أنّ أدلّة خيار المجلس منصرفة عن الوكيل في اجراء العقد .

وفيه : أنّ الانصراف إمّا من جهة مادّة البيع أو من جهة هيئة « بيِّع » الذي هو فعيل من البيع . أمّا دعوى انصراف المادّة فهي واضحة الفساد ، لأنّ البيع عبارة عن تبديل مال بمال والوكيل بدّل مالاً بمال فلماذا لا يصدق عليه البيِّع ؟ نعم إنّما باعه وبدّله لا لنفسه بل لغيره ، إلّا أنّ ذلك لا يوجب انصراف البيّع عنه وإلّا فالوكيل المفوّض الذي التزم هو (قدّس سرّه) بثبوت الخيار له ممّن يصدق عليه البيِّع مع أنه يبيعه للغير أيضاً ، وهكذا ولي الطفل إذا باع مال الطفل ، وكذا الحال في بيع الحاكم

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٨ .

(٢) لاحظ الحدائق ١٩ : ١٢ .

(٣) المكاسب ٥ : ٢٨ ـ ٢٩ .

وبيع الوقف ونحوهما ، فلا وجه للانصراف بحسب المادّة .

وأمّا بحسب الهيئة فمن الظاهر أنّ الهيئة إنّما تدلّ على ثبوت المادّة في من تلبّس بها وأنه متلبّس بها فعلاً ، ولا تدلّ على خصوصية اُخرى توجب انصراف البيِّع عن الوكيل ، فدعوى الانصراف ساقطة .

ومنها : أنّ خيار الحيوان قد ذكر في الروايات(١) مقارناً مع خيار المجلس وموضوعهما واحد حيث سئل (عليه السلام) عن الشرط في الحيوان فقال : ثلاثة أيّام ، وفي غير الحيوان إلى إن يفترقا ، وبما أنّ خيار الحيوان لا يثبت للوكيل ولا يلتزم فقيه بثبوته للوكيل فكذلك في خيار المجلس ، وذلك لأنّهما وإن لم يكونا من قبيل المطلق والمقيّد لأنّ أحدهما أجنبي عن الآخر إلّا أنّ سياق الجمع يشهد باتّحاد المراد بالبيّع في المقامين ، هذا .

ولكنّه ينبغي أن يعدّ من غرائب الكلام ، لأنّ موضوع خيار الحيوان هو صاحب الحيوان ومالكه ، وموضوع خيار المجلس البيِّعان ، فهما حكمان على موضوعين لا ربط لأحدهما بالآخر ، نعم لو كان الموضوع في خيار الحيوان أيضاً البيّعان وكنّا قطعنا بارادة المالك في أحدهما لكنّا حكمنا بارادة المالك في الآخر أيضاً ، إلّا أنّ الأمر ليس كذلك ، لأنّ خيار الحيوان إنّما يثبت على عنوان صاحب الحيوان فكيف يمكن استفادة أنّ المراد بالبيّعين هو المالكان من جهة أنّ المراد من صاحب الحيوان هو المالك .

وقد يقال : إنّ نظر المستدلّ إلى مثل صحيحة محمد بن مسلم : « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا » حيث إنها رتّبت خياري المجلس والحيوان على موضوع واحد هو « المتبايعان » وبما أنّا علمنا

---

(١) راجع الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب١ ح٣ ، وأورد صدره في ص١١ ب٣ ح٥ .

بالقرائن الخارجية أنّ المراد بالمتبايعين في خيار الحيوان هو المالكان فوحدة السياق تقتضي أن يكون المراد بالمتبايعين في خيار المجلس أيضاً هو المالكان، دون غيرهما.

والجواب عن ذلك: أنّ المراد الاستعمالي من المتبايعين واحد في كلا الخيارين وإنّما علمنا بالقرائن الخارجية أنّ المراد الجدّي من المتبايعين في أحدهما هو المالكان دون مطلق المتبايعين، بل ولا يشمل البائع أيضاً لانحصاره بالمشتري الذي هو صاحب الحيوان، إلّا أنّ العلم بالمراد الجدّي في أحدهما لا يوجب إرادة ذلك في موضوع الآخر بل نأخذ باطلاق المتبايعين في موضوع خيار المجلس لعدم ثبوت المقيّد، ونرفع اليد عن إطلاق الموضوع في خيار الحيوان لأجل القرينة الخارجية الكاشفة عن ضيق دائرة الارادة الجدّية. وهذا نظير ما إذا ورد: أنّ الدم نجس ويحرم أكله ولا تجوز الصلاة فيه، حيث رُتّبت الأحكام الثلاثة على موضوع واحد هو الدم، ثم ورد جواز الصلاة في الدم فيما إذا كان أقل من درهم، فانكشف أنّ موضوع عدم جواز الصلاة هو الدم الذي يكون بمقدار درهم أو أكثر، فإنّ ذلك لا يكشف عن تقيّد موضوع الحكمين الآخرين بل هما باقيان على إطلاقهما، وهذا ظاهر.

وممّا ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال على ذلك بأنّ غيره من الخيارات تختص بالمالك ولا يثبت في حق الوكيل، فكذلك خيار المجلس لابدّ وأن يثبت في حق المالك دون الوكيل، وذلك لأنّ الموضوع في سائر الخيارات لو كان هو البيّعان لقلنا أيضاً بعدم اختصاصها بالمالك في غير خيار الغبن، لأنّ الضرر فيه يتوجّه على خصوص المالك دون الوكيل وإنما قلنا باختصاصها بالمالك من جهة كون موضوعها هو المالك ونحوه.

ومنها: أنّ الحكمة في جعل خيار المجلس هي تروّي المالك وتفكّره حتى لا يتندّم بعد البيع فهي إرفاق للمالك، وهذه الحكمة لا تأتي في الوكيل، فالحكمة الداعية

إلى جعل الخيار لا توافق ثبوته للوكيل .

وفيه : أنّ الحكمة في الخيار وإن كانت هي الارفاق إلّا أنّها ليست بمنصوصة حتى يدور الخيار مدارها ، لأنّ المدار على العناوين المذكورة في الأدلّة ، وعنوان البيِّع يشمل الوكيل وإن لم تكن الحكمة جارية في حقّه . وممّا يدلّ على عدم تبعية الخيار للحكمة أنّ الخيار لا إشكال في ثبوته بالاضافة إلى المالك فيما إذا قطعنا بأنّ البيع مصلحة في حقّه وأنّه يتندّم قطعاً باخبار المعصوم أو بالاطمئنان الخارجي .

ومنها : الذي هو العمدة في الوجوه المذكورة في كلام شيخنا الأنصاري[١] أنّ أدلّة الخيار إنّما تثبت السلطنة على استرداد المال المنتقل عنه بعد تسلّطه على ردّ المال المنتقل إليه ، فموضوع أدلّة الخيار هو التمكّن من ردّ المال المنتقل إليه ، وهذا الموضوع لابدّ من إحرازه قبل ثبوت الحكم لا محالة ، ولا يمكن إثباته بالحكم الذي هو الخيار ، لأنّ الحكم لا يثبت موضوعه ، ثم أيّد ذلك بقوله « ألا ترى أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممّن ينعتق عليه لقرابة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلّة الخيار بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع وعدم وجوب عتقه » .

ويرد عليه : إنّ ما أفاده أصلاً وفرعاً ممّا لا يرجع إلى محصّل .

أمّا بحسب الأصل ، فلأنّه صرّح في باب المعاطاة[٢] عند بيان الفرق بين الجواز الثابت في المعاطاة والجواز الثابت في الخيار وكذا في أوّل بحث الخيار[٣] وفي

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٩ .

(٢) المكاسب ٣ : ٩٧ ملزمات المعاطاة .

(٣) المكاسب ٥ : ١١ ، ٤٢ .

بحث الشروط على ما سيأتي[١] بأنّ موضوع الخيار هو حل العقد دون المالين ، ولذا يمكنه فسخه بعد تلف العين بأكلها أو ببيعها مع أنه غير متمكّن من ردّ ما انتقل إليه حينئذ ، فلا يشترط في ثبوت حق الخيار أن يكون متمكّناً من ردّ المال المنتقل إليه .

وأمّا بحسب الفرع ، فلأنّ التمكّن من الفسخ وثبوت الخيار لا يتوقّف على إحراز أنّ المال المنتقل إليه ليس ممّن يجب إعتاقه أو صرفه أو ممّن ينعتق عليه بوجه لما مرّ من أنّ الخيار متعلّق بالعقد فله أن يفسخ العقد ولو مع عدم التمكّن من ردّ المال المنتقل إليه ، غاية الأمر يدفع إلى المالك مثله أو قيمته ، هذا مضافاً إلى أنّ له إثبات عدم كونه ممّن ينعتق عليه بأصالة عدم القرابة بينهما كما يمكنه إثبات عدم وجوب عتقه أو صرفه بأصالة عدم وجوبهما ، بل لو علم بوجوبهما أمكنه الردّ إلى المالك لأنّ الواجب من الاعتاق والصرف في النفقة إنما هو إعتاقه أو صرفه بعد فرض دخوله في ملكه ، والمفروض أنه يخرجه عن ملكه بالردّ ، غاية الأمر أنه يرتكب المعصية بتعجيز نفسه عن الاعتاق والصرف الواجبين في حقّه بردّه المال وإخراجه عن ملكه ، وهذا لا يمنع عن ثبوت الخيار ، وكيف كان فهذا الوجه غير وجيه ولا يمكن المساعدة عليه بوجه .

ومن هنا وجّه شيخنا الأُستاذ[٢] كلام شيخنا الأنصاري بأنّ مفاد أدلّة الخيار أنّ الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على نقض ما التزم به الآخر إنّما يثبت لمن كان له سلطنة على نقض ما التزم به نفسه بالاقالة . وبعبارة أُخرى : أنّ موضوع الخيار عبارة عمّن يتمكّن من رفع يده عمّا انتقل إليه بالاقالة فيما إذا رضي به الآخر ، فانّه يتمكّن بالخيار من نقض ما التزم به الآخر ولو من دون رضاه .

---

(١) المكاسب ٦ : ١٤٩ ، ١٨٩ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٢٢ .

وهذا التوجيه أيضاً لا يرجع إلى أمر محصّل ، وذلك لأنّ الفسخ والاقالة كلاهما متعلّقان بالعقد ويوجبان حلّه ، ولا فرق بينهما إلّا في أنّ الاقالة مشروطة برضى الآخر دون الفسخ ، إذ لا يشترط فيه رضى الطرف الآخر ، وليست الاقالة عبارة عن حلّ العقد من طرف نفسه والفسخ حلّه من كلا الطرفين ، لأنّ العقد كالعقدة بين حبلين لا يقبل الحل من طرف واحد ، فلو حلّ من طرف أحدهما فقد حلّ من طرف الآخر أيضاً كالفسخ ، غاية الأمر أنّ أحدهما مشروط بالرضا دون الآخر .

وبالجملة : أنّ العقد لا يتبعّض بحسب الانفساخ بأن ينفسخ من طرف أحدهما دون طرف الآخر ، ولا يقاس الحلّ والفسخ بالالتزام فانه يعقل أن يكون من طرف أحدهما دون الآخر ، وأمّا الحلّ فلا كما لا يخفى .

وعليه فلا تقدّم للاقالة على الفسخ حتى يقال إنّ الاقالة مأخوذة في موضوع الفسخ ، بل كلاهما أمران يوجبان حل العقد وفسخه بلا تقدّم أحدهما على الآخر . وكيف كان فما أفاده ممّا لا يمكن الالتزام به ، هذا كلّه بحسب الحلّ .

وأمّا بحسب النقض ، فينتقض ما أفاده بالنكاح فإنّ أحد الزوجين فيه يتمكّن من فسخ العقد بأحد العيوب المذكورة في بابه مع أنه لا يتمكّن من إقالته لأنه لا يقبل الاقالة ، كما ربما يتحقّق التمكّن من الاقالة من دون أن يتمكّن من الفسخ وهذا كالبيع بعد زمان المجلس فانّه لا يتمكّن من فسخه لعدم الخيار ويتمكّن من إقالته كما هو واضح ، فلو كان مراده (قدّس سرّه) من التوجيه أنّ الاقالة مأخوذة في موضوع الفسخ فقد مرّ أنه ممّا لا يرجع إلى محصّل ، وإن أراد من ذلك أنّ أدلّة الخيار تنصرف إلى صورة التمكّن من الاقالة فهو داخل في الجواب الأول الذي ذكره شيخنا الأنصاري وذكرنا الجواب عنه فلا يكون وجهاً على حدة .

ثم إنّ في المقام وجهاً ثالثاً ذكره بعض مشايخنا المحقّقين (قدّس سرّه)[١] وملخّصه : دعوى انصراف أدلة الخيار عن الوكيل في مجرد صيغة المعاملة من جهة قلّة الوجود إذ الغالب أنّ الناس يباشرون معاملاتهم بأنفسهم فلو وكّلوا فيها أحداً فيوكّلون الوكيل على نحو التفويض في البيع والشراء لا محالة ، فصدور معاملة من الوكيل في إيقاع الصيغة فقط أمر نادر وقليل ولأجله تنصرف الأدلّة عنه .

وهذا منه (قدّس سرّه) عجيب ، لأنه صرّح في موارد عديدة بأنّ قلّة الوجود وكثرته لا يوجب الانصراف ، هذا . مضافاً إلى أنّ الوكيل في مجرد إيقاع العقد وإن كان أقل من البيع بالمباشرة أو بالوكيل المفوّض إلّا أنّه أيضاً في حدّ نفسه كثير وليس في القلّة بحيث يلحق بالمعدوم كما يظهر ذلك من ملاحظة بيع الأُمور الخطيرة من القرى والبساتين والدور الكبيرة ، لأنّ الغالب في مثلها توكيل العالم بوضع العقد في مجرد إيقاعه .

ثم إنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] استدلّ بوجه آخر : وهو أنّ أدلّة الخيار مخصّصة لعمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره من الأدلّة الدالّة على لزوم المعاملة ، ومن الظاهر أنّ العمومات كأوفوا بالعقود تختصّ بالمالك لأنه خطاب للملّاك وهو الذي يجب عليه الوفاء بعقده دون الوكيل ، وإذن فيكون الخيار أيضاً ثابتاً في حق المالك دون الوكيل ، إذ لا معنى لكون المستثنى منه غير شامل للوكيل وكون المستثنى شاملاً له ، هذا .

وما أفاده وإن كان بظاهره ـ بناء على أنّ معنى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بها وحرمة التصرفات فيما انتقل عنه كما ذكره شيخنا الأنصاري في معنى

---

(١) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٤ : ٥٧ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٢٤ .

الآية ـ ممّا لا بأس به ، إلّا أنه بحسب الواقع ممّا لا يمكن المساعدة عليه سيّما بملاحظة ما ذكرناه في معنى الآية من أنّها إرشاد إلى لزوم المعاملات وعدم انفساخها بالفسخ ، لما عرفت من أنّ الوفاء بمعنى الانهاء والأمر بالانهاء في العقود كناية عن عدم فسخها ، وعليه فلا مانع من شمول العمومات للوكيل والالتزام بأنّ الوكيل أيضاً مأمور بالأمر الارشادي بانهاء العقود كناية عن عدم قبولها الفسخ ، فإذا شمل المستثنى منه الوكيل فلا مانع من أن يشمله المستثنى أيضاً ، وهذا ظاهر .

فإلى هنا عرفت عدم تمامية شيء ممّا ذكر في المقام من الوجوه على عدم شمول أدلّة الخيارات للوكيل في مجرد إيقاع الصيغة ، ومع ذلك كلّه لا يطمئن النفس بشيء .

والذي يمكن أن يقال في المقام : إنّ موضوع الخيار ليس هو البيّع على نحو الاطلاق ، بل المراد هو البيّع الذي يكون بيعه موضوعاً لأحلّ الله البيع وغيره من أدلّة الحل ، ومن الظاهر أنّ أدلّة حلّ البيع وإمضاء المعاملات إنّما تشمل البيع الصادر عن الوكيل في مجرد إيقاع الصيغة بما أنه منتسب إلى المالك لا بما أنه صادر منه .

وتوضيح ذلك : أنّ البيع الصادر عن الوكيل المذكور الذي هو بيع واحد له إضافتان ، إضافة صدورية إلى الوكيل وإضافة الانتساب إلى المالك ، لأنّ المعاملة ببيع الوكيل تسند إلى المالك فيقال إنّ فلاناً باع داره ، فبيع الوكيل واسطة في الثبوت وعلّة لشمول **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾** لبيع المالك ، إذ لولا بيعه لما يتحقّق للمالك بيع حتى تشمله آية الحلّ ، وعليه فالبيع بحسب الحدوث مضاف إلى المالك والسلطنة تثبت له حدوثاً ، لا للوكيل المذكور إذ لا سلطنة له بوجه ، لأنه وكيل في إيقاع الصيغة فقط وأدلّة الخيار تقتضي بقاء ملك السلطنة بعد حدوثها ، والمفروض أنّها حدثت في حقّ المالك دون الوكيل ، ولا يمكن إثبات الخيار للوكيل بمجرد إضافة البيع إليه بحسب

الصدور وإلّا لانتقض بيع الفضولي فإنّه ممّا لم يذهب أحد إلى ثبوت خيار المجلس للفضولي ولو مع إجازة المالك له في مجلس البيع ، وليس هذا إلّا من جهة أنّ آية الحل إنّما تشمله بما أنّه منتسب إلى المالك لا بما أنه صادر من الفضولي .

وهذا الذي ذكرناه ليس راجعاً إلى دعوى الانصراف وأنّ البيّع لا يشمل الوكيل لأنه كما عرفت غير صحيح ، بل مع الاعتراف بأنّ البيّع شامل له كما أنه يشمل الفضولي ندّعي عدم ثبوت الخيار في حقّه من جهة أنّ موضوعه هو من تشمله آية الحل ، وهي إنّما تشمل البيع لانتسابه إلى المالك كما مرّ ، هذا .

ثم لا يخفى أنه ليس في المقام عموم كلفظة « كل » ونحوها حتى يتمسك به في تسرية الخيار للوكيل كما إذا ورد أنّ كل بيّع له الخيار ، وإنما يمكن تسرية الحكم إليه بواسطة الاطلاق والتمسك بمقدمات الحكمة ، وعليه فيمكن أن يقال إنّ الأدلّة التي ذكروها في المقام لاختصاص الخيار بالمالك حتى ما ذكرناه أخيراً يكفي في المنع عن تمامية المقدّمات لصحّة الاعتماد عليها في مقام البيان ، ومعه لا يمكن التمسك بالاطلاق وتسرية الخيار إلى الوكيل ، فيكون الدليل مجملاً ، ويكفي لنا الاجمال في المنع عن ثبوت الخيار للوكيل ، فنأخذ بالمقدار المتيقّن وهو ثبوته للمالك وأمّا في الوكيل فلا بل تكون الأدلّة الدالّة على لزوم البيع بالاضافة إلى فسخ الوكيل محكّمة ، وهذا بخلاف ما لو ادّعينا الانصراف فإنّ معناه ظهور الدليل في المالك لا إجماله والأخذ بالمقدار المتيقّن كما هو واضح ، هذا في الوكيل في مجرد إيقاع الصيغة .

وأمّا الوكيل المفوّض في التصرفات فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار في حقّه كالأولياء ولا يأتي فيه شيء من الوجوه المانعة حتى الوجه الذي اعتمدنا عليه ، وذلك لأنّ البيع بيعه حقيقة وآية الحل تشمله بما أنه منتسب إليه لا لأجل انتسابه إلى الصغير ، نعم لو اعتمدنا في المنع عن ثبوت الخيار للوكيل في إجراء الصيغة على ما اعتمد عليه شيخنا الأنصاري من وحدة المراد بالمتبايعين في خياري

الحيوان والمجلس، فلا يمكن إثبات خيار المجلس في الوكيل المفوّض أيضاً من جهة أنّ خيار الحيوان لا يثبت للوكيل ولو كان مفوّضاً، لاختصاصه بالمالك وصاحب الحيوان، وعليه فلا وجه لاثباته للوكيل المفوّض في المجلس. وهذا نقض على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث إنّه مع اعتماده على الوجه المذكور ذهب إلى ثبوت خيار المجلس للوكيل المفوّض مع أنّ ما ذكره في الوكيل في إجراء الصيغة يأتي في المفوّض أيضاً.

نعم لا مانع من ثبوت الخيار للوكيل المفوّض إذا كانت وكالته تشمل الفسخ وإعمال الخيار، إلّا أنّ ذلك خارج عن محل الكلام، لأنه أمر قد يثبت في الوكيل في إجراء الصيغة أيضاً. وإنّما الكلام في ثبوت الخيار له على نحو الاستقلال بما أنّه «بيِّع» لا من جهة ثبوت الخيار للموكّل وتوكيل الوكيل في إعماله.

وأمّا الوكيل المتوسط بين الوكيلين أعني الوكيل في مجرد البيع أو الشراء فعلى بعض الوجوه يثبت له الخيار وعلى بعضها الآخر فلا، فإن اعتمدنا في المنع عن ثبوته للوكيل في مجرد الانشاء على أنّ حكمة تشريع الخيار لا تشمل الوكيل، أو قلنا إنّ خيار المجلس وغيره من الخيارات إنّما يثبت بعد الفراغ عن سلطنة البائع على ردّ ما انتقل إليه أو على الاقالة عن طرفه برفع التزام نفسه كما ذكره شيخنا الأُستاذ(١) فلا يثبت الخيار للوكيل في مجرد الشراء والبيع، لعدم جريان الحكمة في الوكيل وعدم تسلّطه على ردّ ما انتقل إليه، ولا على الاقالة برفع التزام نفسه، لأنه بمجرد البيع أو الشراء تنتهي وكالته فلا تبقى له سلطنته على شيء، ولكنّك عرفت ضعف تلك الوجوه.

وأمّا إذا بنينا على ما ذكرناه من أنّ الخيار إنما يثبت للبيِّع الذي له سلطنة على

---

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ٥٥.

المال ، وأنّ الوكيل في مجرد إجراء الصيغة لا سلطنة له على المال ولذا لا تشمله آية الحل في حدّ نفسه وإنما تشمله بما أنه بيع منتسب إلى المالك ، فلا مانع من الالتزام بثبوت الخيار للوكيل في مجرد البيع أو الشراء لسلطنته على المال ، وآية الحل تشمل بيعه بما أنه منتسب إليه كما في بيع الولي مضافاً إلى صدق « البيِّع » عليه ، وذلك ظاهر . هذا تمام الكلام في الوكلاء الثلاث .

وأما الموكّلان فهل يثبت لهما الخيار أيضاً أو لا ؟ وقبل التكلّم في ذلك لابدّ من أن يعلم أنّ ثبوت الخيار للموكّلين وعدمه غير مبني على عدم ثبوت الخيار للوكيل كما يظهر من ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بل سواء بنينا على ثبوته للوكيل أم على عدمه نتكلّم في ثبوت الخيار للموكّلين وعدمه ، فيقع البحث في ثبوته لهما على أنحاء الوكالات الثلاث .

فأمّا الموكّلان للوكيل في إجراء الصيغة ، فإن كانا حاضرين في المجلس فلا إشكال في ثبوت الخيار لهما سواء كان حضورهما بعنوان حضور البيّع قاصدين وملتفتين إلى البيع أو بعنوان شيء آخر كحضور أُنس أو البحث من غير التفات منهما إلى بيع وكيلهما ، وذلك لاطلاق قوله « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » لصدق البيّع على الموكلين وعدم تقييده بكونهما في المجلس ملتفتين إلى البيع .

وأمّا دعوى انصراف البيّع إلى المالك العاقد بحيث لا يشمل المالك لوحده ولا العاقد كذلك فلابدّ من اجتماعهما في صدق البيّع ، وبعبارة أُخرى يُشترط في صدق البيّع على المالك مباشرته للبيع فلو لم يباشر لم يكن بائعاً ومن هنا لو حلف على أن لا يبيع فلا يحنث ببيع الوكيل ، فمندفعة بأنّ هذا الانصراف لو تم فإنما يتم في الأفعال الحقيقية الخارجية كالقتل ونحوه لظهورها في المباشرة ، وأمّا الأفعال

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٠ .

الاعتبارية كالبيع ونحوه فلا يفرق في صدقها بين المباشرة والتسبيب ، ولذا قلنا في بيع الفضولي بأنه يستند إلى المالك بعد الاجازة مع أنه لم يباشر البيع ، فلو كانت المباشرة شرطاً في صدق البائع لم يكن وجه لتصحيح بيع الفضولي بالاجازة . وبالجملة أنّ إطلاق البائع على المالك بعد بيع وكيله عرفاً ممّا لا يمكن إنكاره .

وأمّا مسألة الحنث فلا إشكال في أنه إذا وكّل أحداً لبيع داره يحنث ببيع الوكيل ، نعم لو كان قصده من عدم البيع عدم المباشرة له أو كان الوكيل وكيلاً مفوّضاً وقد باعه من غير قصد ولا التفات من الموكّل فلا يحصل الحنث ببيعه لاشتراط القصد والالتفات في حصول الحنث كما هو ظاهر ، هذا كلّه فيما إذا كانا حاضرين في المجلس .

وأمّا إذا لم يكونا حاضرين في المجلس ، فإن كانا مجتمعين في مكان وكانا على هيئة الاجتماع كما إذا كانا جالسين في دار ووكيليهما قد أنشئا العقد في مكان آخر فلا إشكال أيضاً في ثبوت الخيار للموكّلين لأنّهما بيّعان فهما على الخيار ما لم يفترقا والوجه في ذلك عدم تقييد الأخبار بتفرّقهما عن مجلس العقد وإنّما دلّت على اعتبار التفرّق عن الاجتماع ، فلا يعتبر وجودهما في مجلس العقد . وأوضح من ذلك ما إذا كان اجتماعهما لأجل البيع ووكيلاهما أنشئا العقد في مكان آخر ولو كان بينهما فاصل كثير كفرسخ أو فراسخ ثم أخبراهما بالهاتف باجراء العقد .

وأمّا إذا لم يكونا على هيئة الاجتماع كما إذا كان أحدهما في الحمّام والآخر في السوق مثلاً فالظاهر عدم ثبوت الخيار حينئذ للوكيلين ، لما مرّ من عدم ثبوته للوكيل في مجرد إجراء الصيغة ولا للموكّلين لعدم اجتماعهما ، وهذا من أحد الموارد التي لا يثبت فيها خيار المجلس في البيع .

والمتحصّل : أنّ الموكّلين إذا كانا مجتمعين في مجلس العقد أو في غيره فلا إشكال في ثبوت الخيار لهما إلى أن يفترقا ، وأمّا إذا كانا متفرّقين ولم يكونا على هيئة

الاجتماع فلا خيار لهما لاستفادة شرطية الاجتماع في ثبوت الخيار بقرينة الاستثناء بقوله ما لم يفترقا ، وهل لهما توكيل الوكيلين في أمر الخيار بأن يفوِّضا أمر الخيار إلى الوكيلين ؟ الصحيح عدم صحّة ذلك لأن فاقد الشيء لا يكون معطياً له وقد عرفت أنّ الموكّلين هما بنفسهما غير واجدين للخيار في صورة عدم الاجتماع فكيف يوكّلان فيه الوكيل ولعلّه ظاهر . وكيف كان فلا يشترط حضور مجلس العقد في ثبوت خيار المجلس بل اللازم أن يكونا على هيئة الاجتماع في مجلس العقد أو في غيره على خلاف ما يظهر عن بعض كلمات شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) هذا كلّه في الموكّلين فيما إذا كان وكيلاهما وكيلين في مجرد إجراء الصيغة .

وأمّا الموكّلان فيما إذا كان وكيلاهما مفوّضين فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار للوكيلين حينئذ ، وأمّا نفس الموكّلين فهما أيضاً فيما إذا كانا مجتمعين ولو في غير مجلس البيع لا إشكال في ثبوته لهما ، وعليه فإذا اجتمع الموكّلان مع الوكيلين في مجلس العقد فلكلّ واحد منهم الخيار ، وهذا الخيار الثابت للوكيلين حكم شرعي ليس مستنداً إلى توكيل الموكّل له في الخيار ، فهل يسقط الخيار حينئذ بتفرّق الموكّلين أو بتفرّق الوكيلين ؟ احتمل شيخنا الأنصاري(٢) احتمالات أربعة وهي سقوطه بتفرّق الموكّلين عن مجلس العقد ، أو بتفرّق المتعاقدين الوكيلين ، أو بتفرّق الموكّلين عن مجلسهما ولو كان في غير مجلس العقد ، أو بتفرّق الجميع ، وقد قوّى الأخير وذكر أنه عليه يكفي في بقاء الخيار بقاء أصيل واحد مع وكيل آخر في مجلس العقد .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٧ .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٢ .

وقد أورد عليه شيخنا الأُستاذ[١] بأنّ اعتباره (قدّس سرّه) حضور الموكّلين في ثبوت الخيار لهما والقول بكفاية بقاء أصيل واحد ووكيل متنافيان متناقضان، وذلك لأنّ استدامة حضورهما في المجلس لو لم تكن معتبرة بل كان حضور أحدهما مع حضور وكيل الآخر كافياً في ثبوت الخيار لهما فلماذا اعتبر حضورهما في المجلس ابتداء في ثبوته لهما، وكيف يعقل أن يكون حضورهما في المجلس شرطاً ابتداء لا استدامة، هذا.

ولكن ذلك من غرائب كلامه، إذ لا مانع من اشتراط حضور كلا الموكّلين في ثبوت الخيار لهما معاً، وهذا لا ينافي ثبوته لأحدهما فقط إذا كان حاضراً مع وكيل الآخر. وبالجملة أنه لم يشترط حضورهما في ثبوت الخيار لأحدهما حتى يقال إنّ خيار أحدهما كيف لا يشترط بحضورهما بقاء.

ثم إنّ السيد اليزدي (قدّس سرّه)[٢] ذكر في حاشيته احتمالاً خامساً وهو سقوط الخيار وارتفاعه بمجرد صدق التفرّق ولو بتفرّق واحد منهم.

والصحيح أن يفصَّل في المقام بين ما إذا كان الموكّلان في مجلس آخر غير مجلس الوكيلين وبين ما إذا كانوا في مجلس واحد. أمّا إذا كانا في مجلس آخر فارتفاع الخيار في كل من الوكيلين والموكّلين يتوقّف على المفارقة عن مجلسهما فخيار الوكيلين إنما يسقط بتفرّق أحدهما عن الآخر كما أنّ خيار الموكّلين يرتفع بتفرّق أحدهما عن الآخر، وفي مثل ذلك لا وجه لما احتمله السيد (قدّس سرّه) من سقوط الخيار بتفرّقهم في الجملة، إذ لا ربط لتفرّق الوكيلين عن مجلسهما بتفرّق الموكّلين وسقوط خيارهما.

---

(١) منية الطالب ٣: ٢٧.

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي): ٦ من مبحث الخيارات.

وأمّا إذا كانوا في مجلس واحد فإن قلنا إنّ الخيار إنّما يثبت على جنس البيّع فالتفرّق أيضاً لابدّ من أن يسند إلى الجنس ، فما دام الجنس باقياً في المجلس فالخيار باقٍ ، لأنّ ارتفاع الطبيعي إنّما هو بارتفاع جميع أفراده ، فما دام فرد منها باقياً فالطبيعي باقٍ ، وعليه فإذا تفرّقوا وبقي أحد الموكّلين مع أحد الوكيلين فطبيعي البيّعين غير متفرّق فالخيار باقٍ ، ولكن لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكّلين ولو لم يجتمعا في مكان أصلاً ، وذلك لعدم تفرّق الطبيعي على الفرض فيثبت الخيار للطبيعي وكلا الموكّلين من أفراده ، وهذا ممّا لا يلتزم به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولا ينبغي الالتزام به .

وأمّا إذا قلنا إنّ القضية حقيقية وأنّ الخيار إنّما ثبت لمن صدق عليه البيّع فكل واحد من البيّعين بالخيار ، فحينئذ لابدّ من أن يسند التفرّق أيضاً إلى مصاديق البيّع ، وعليه فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الخيار يبقى مع وجود أحد الموكّلين وأحد الوكيلين أو مع بقاء الموكّلين أو مع بقاء الوكيلين هو الصحيح وذلك لأنّا إذا فرضنا تعدّد البيّع في طرف البائع والمشتري مع فرض أنّ القضية حقيقية وأنّ لكل من صدق عليه البيّع خياراً مستقلاً فلا محالة يثبت لكل واحد من الوكيل والموكّل في طرف البائع خيار واحد مستقل وكذا في طرف المشتري ، فكل من خرج من المجلس فقد سقط خياره لافتراقه عن الطرف الآخر للعقد ، وكل من بقي في المجلس فخياره باقٍ لعدم افتراقه عن الطرف الآخر . فإذا خرج الوكيل البائع فقد ارتفع خياره لافتراقه عن المشتري ، وأمّا خيار الموكّل البائع فهو باقٍ لأنّه ما زال مجتمعاً مع المشتري ، ولو خرج الموكّل المشتري ارتفع خياره أيضاً لافتراقه عن البائع ، وبقي خيار الوكيل المشتري لأنه مجتمع مع البائع ، هذا .

ثم إنّك عرفت أنّ ثبوت الخيار للموكّلين مشروط بكونهما على هيئة الاجتماع ولو في غير مجلس البيع ولا يشترط حضورهما فيه ، ولكن شيخنا

الأُستاذ(١) قد أصرّ على اشتراط الحضور في مجلس العقد في ثبوت الخيار ، ولكنّك عرفت أنّ الحضور في المجلس ممّا لم يدلّ عليه دليل وإنّما استفدنا من الأخبار اشتراطِ الاجتماع فقط ، وأمّا كونه في خصوص المجلس فلا كما هو أوضح من أن يخفى .

بقي في المقام شيء قد أشار إليه (قدّس سرّه) في ضمن كلامه(٢): وهو أنه إذا ثبت الخيار لجماعة متعدّدين فكل من سبق من الموكّلين أو الوكيلين إلى إعماله نفذ وسقط خيار الباقين ، وأمّا مسألة تقديم الفاسخ على المجيز فهي لا تأتي في المقام لأنّ موردها ما إذا كان للخيار طرفان كما في البائع والمشتري في المجلس أو في خيار الحيوان أو غيرهما فأمضى أحدهما العقد وأجازه ثم فسخ الآخر ، فلا ينبغي الاشكال في أنّ الفسخ يوجب بطلان البيع ويتقدّم على الاجازة والامضاء ، لأنّ معنى إمضاء أحدهما إمضاؤه من قبله لا من قبل الطرف الآخر أيضاً ، فإذا أعمل الآخر خياره فلا مانع من نفوذه وتأثيره وبطلان البيع بذلك .

وأمّا في مسألتنا هذه فقد ثبت الخيار في أحد الطرفين لمتعدّد كما في الخيار الثابت للأب والجد الوليين على الطفل فإنّ كل واحد منهما له خيار إلّا أنّ كليهما متعلّقان بأحد طرفي المعاملة ، وما نحن فيه من هذا القبيل فمورد المسألتين مختلف .

وكيف كان ، فلا إشكال في أنّ الوكيل أو الموكّل في أحد طرفي العقد إذا أعمل الخيار بالفسخ سقط خيار الآخر لا محالة ، لأنّ العقد إذا انفسخ ينحلّ فلا يبقى لخيار الآخر مجال ، وأمّا إذا أعمل أحدهما خياره بالامضاء فهل للآخر فسخ العقد بخياره أو أنّ الامضاء كالفسخ يُسقط خيار الآخر أيضاً ؟

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٧ .

(٢) المكاسب ٥ : ٣١ .

الظاهر أنّ هذه المسألة تبتني على ملاحظة أنّ الخيار في قوله (عـليه السـلام) « البيّعان بالخيار » يثبت على أيّ نحو ، فإن قلنا إنه يثبت لجنس البيّع وأنّ المراد أنّ جنس البيّع في طرف البائع على الخيار ، وأنّ جنس البيّع في طرف المشتري أيضاً على الخيار ، لأنّ التثنية وهي البيّعان في قوّة تكرار المفرد فكأنّ البيّع ذكر مرّتين وقد أُريد من كل منهما الجنس ، وإنّما أُطلق البيّع على المشتري أيضاً إمّا من جهة التغليب كما في مثل الشمسين والقمرين وإمّا من جهة إرادة المعنى الأعم من البيّع وهو مطلق من ترك شيئاً وأخذ شيئاً أو بدّل ماله بآخر ، وعليه فإذا كان أفراد البيّع في طرف البائع أو المشتري أو كليهما متعدّدين كما إذا كان البائع هو الموكّل مع وكيله المفوّض ثبت خيار واحد لجنس البائع ، وكل من الفردين يمكنه إعمال هذا الخيار بالفسخ أو الامضاء . وهذا نظير مسألة إرث الخيار بناء على أنّ الحقّ المنتقل إلى الوارث يثبت لجنس الوارث لا للجميع على نحو الاشتراك ، وعليه فإذا أعمل أحـدهما الخـيار وأسقطه فلا محالة يسقط الخيار الثابت للجنس ، لأنّ الجنس قد أعمل خياره فـلا يبقى خيار حتى يعمله الآخر بالفسخ أو الامضاء .

وأمّا إذا قلنا بأنّ الخيار يثبت لكل من صدق عليه البيّع على نحـو القـضايا الحقيقية فهو ينحل إلى خيارات متعدّدة حسب تعدّد مصاديق البـيّع ، وهـذا هـو الظاهر من القضايا المتكفّلة للأحكام الشرعية ، وعليه فلكل واحد مـن الوكـيل المفوّض والموكّل خيار مستقل ، فإذا أعمل الوكيل خياره في إمـضاء العـقد قـبل الموكّل فلا محالة يسقط به خيار الموكّل أيضاً ، لأنّ فعل الوكيل فعل الموكّل بعينه من دون حاجة إلى قصد كونه واقعاً عن الموكّل ، فهو يُسقط خـيار نـفسه بـالأصالة ويُسقط خيار موكّله بالوكالة حتى أنه لو كان له وكيل مفوّض غائب عن مجـلس العقد ثمّ حضر قبل تفرّقهما ففسخ أو أمضى سقط خيار المـوكّل فكـيف بـالوكيل المفوّض الحاضر في مجلس العقد . نعم لو قصد بذلك إسقاط الحصة الثـابتة له مـن

الخيار فلا يسقط به خيار الموكّل ، لأنّ حصة كل واحد منهما تغاير حصة الآخر وفي غير هذا الفرض يسقط خيارهما .

وأمّا إذا أسقط الموكّل خياره قبل إسقاط الوكيل فإن قلنا إنّ ثبوت الخيار للوكيل متوقّف على قدرته على الاقالة أو الرد كما عليه شيخنا الأنصاري وشيخنا الأُستاذ فيسقط بذلك خيار الوكيل أيضاً ، لأنّ إمضاء الموكّل للعقد وجعله لازماً إسقاط للوكيل عن الوكالة في المال باعدام موضوع الوكالة فإنه نظير ما إذا وكّله في بيع شيء ثم باعه بنفسه ، وفي المقام لما أنفذ العقد وأمضاه فقد أخرج المال عن تحت سلطنة نفسه ووكالة الوكيل ، والمفروض أنّ ثبوت الخيار للوكيل متوقّف على تمكّنه من الأقالة أو الردّ ، فإذا خرج المال عن تحت سلطانه فلا يتمكّن من الاقالة والردّ بعد ذلك فينتفي خياره . وأمّا إذا أنكرنا هذا الاشتراط كما هو الصحيح وقلنا بأنّ الوكيل المفوّض يتمكّن من الفسخ والامضاء ، وثبوت الخيار له لا يتوقّف على شيء بعد صدق البيّع عليه ، وشمول آية الحلّ لبيعه بما أنه بيعه ، فاسقاط الموكّل وإمضاؤه العقد لا يوجب سقوط خيار الوكيل ، بل له أن يفسخ بعد إمضاء الموكّل بحكم الشارع ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري[1] تعرّض إلى مسألة الفضولي في البيع والشراء أو في أحدهما ، وأنّ الفضوليين لا إشكال في عدم ثبوت الخيار لهما لما مرّ في الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ، وأمّا المالكان فإن كانا مجتمعين حال إجازتهما في مجلس العقد فلا إشكال في ثبوت الخيار لهما ، لأنّ الاجازة توجب صدق البيّعين عليهما في ذاك الحال فما لم يفترقا فهما على الخيار ، وأمّا إذا كانا مجتمعين في حال الاجازة لا في مجلس العقد فقد استظهر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ثبوت الخيار لهما على القول

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٣ .

بالنقل ، لأنّهما يبيعان حينئذ من حين الاجازة ، فكأنّ مجلس الاجازة هو مجلس البيع . وأورد عليه شيخنا الأُستاذ(١) بأنّ الخيار إنّما يثبت مع الاجتماع في مجلس العقد وقد أصرّ على عدم ثبوته فيما إذا كانا متفرّقين عن مجلس العقد وإن كانا مجتمعين في حال الاجازة ، هذا .

ولكنّه منه عجيب ، لما مرّ من أنّ دليل ثبوت خيار المجلس لم يشترط الاجتماع في حال العقد وفي مجلس البيع ، وإنما دلّ على اعتبار اجتماعهما مطلقاً ولو كان في خارج مجلس العقد ، وعليه فالظاهر ثبوت الخيار للمالكين فيما إذا كانا مجتمعين في حال إجازتهما قلنا بالنقل أو بالكشف ، لأنّهما مختلفان في الحكم بالملكية شرعاً ، فأحدهما يوجب الحكم بالملك من حين الاجازة والآخر يكشف عن الملك من أول الأمر ، وهذا لا ربط له بالمقام ، لأنّ صدق البيّعين عليهما إنّما هو في حال الاجازة فقط ولا يصدق عليهما البيّع قبلها ، فالخيار إنما يثبت لهما في ذلك الحال من دون فرق بين القول بالنقل والقول بالكشف .

لا إشكال في ثبوت الخيار للمالك والوكيل على تفصيل تقدّم ذكره فيثبت الخيار لكل واحد منهما ، وتظهر نتيجة ذلك فيما إذا أسقط أحدهما خياره فإنّ الآخر يتمكّن من إعمال خياره بفسخ البيع وإمضائه وهذا ممّا لا كلام فيه .

وأمّا إذا كان العاقد واحداً فله صور ثلاث :

الأُولى : أن يبيع مال الغير لنفسه بولايته على مالك المال أو وكالته عنه .

الثانية : أن يبيع مال نفسه للغير بولايته على المشتري أو وكالته عنه .

الثالثة : أن يبيع مال غيره لغيره لولايته على البائع والمشتري أو وكالته عنهما ، وكيف كان فالعاقد شخص واحد وهو بائع ومشتري ، فهل يثبت له خيار

(١) منية الطالب ٣ : ٢٩ .

المجلس كما في صورة تعدّد المتبايعين وغاية الأمر أنه يسقط بغير التفرّق من المسقطات لعدم إمكان تحقّق الافتراق فيه ، أو أنّ خيار المجلس لا يثبت في مثله ؟

المشهور عدم ثبوت الخيار فيه ، وخالفهم في ذلك بعض الأصحاب ووافقه عليه السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] وذهب إلى ثبوت الخيار في المسألة ومستندهم في ذلك هو إطلاقات أدلّة الخيار كقوله (عليه السلام) « المتبايعان بالخيار حتى يفترقا » وقولهم (عليهم السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » وسيأتي أنّ التعدّد بحسب الاعتبار كافٍ في ثبوت الخيار وصدق المتبايعان والبيّعان ، وسيجيء تفصيل الكلام في ذلك عن قريب إن شاء الله .

وأمّا المانعون فلهم في المنع عن ثبوت الخيار في المسألة وجوه ومرجعها إلى ثلاثة أُمور :

الأول : أنّ أكثر الأخبار الواردة في خيار المجلس قد اشتملت على كلمة البيّعان وفي بعضها المتبايعان كما أشرنا إليه آنفاً ، ومن الظاهر أنّها تثنية والمثنّى لا يصدق على الواحد فلا يقال للواحد رجلان ولا للبائع البيّعان لأنه مفرد والمفرد غير التثنية . نعم يصدق عليه عناوين متعدّدة كعنوان العالم والعادل ونحوهما على وجه الانفراد ، وأمّا التثنية فلا . وكيف كان فلا تشمل الأخبار صورة اتّحاد البائع والمشتري ، هذا .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأنّ المراد من كلمة البيّعان أو المتبايعان هو كل واحد من البائع والمشتري ، لأنّ التثنية في قوّة تكرار المفرد فكأنّه ورد البائع بالخيار وورد المشتري بالخيار وإنّما عبّر بالبيّعان أو المتبايعان من جهة أنّ البائع والمشتري بحسب الأغلب اثنان لا أنه مقيّد بخصوص تلك الصورة ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦ من مبحث الخيارات .

كل واحد من عنواني البائع والمشتري يصدق على العاقد الواحد لأنه بائع كما أنه مشتر ، فلا مانع من شمول الأخبار للعاقد الواحد من هذه الجهة فلذا لا نتوقّف في الحكم بشمول سائر أحكامها له .

الثاني : أنّ الروايات قد اشتملت على قوله « حتى يفترقا » أو « ما لم يفترقا » وهو غاية وقيد للحكم بالخيار يعني أنّ الخيار ثابت قبل الافتراق ، أو أنه قيد للموضوع بمعنى أنّ الخيار ثبت للمتبائعين المقيّدين بعدم الافتراق ، وكيف كان فهو يقتضي عدم ثبوت الخيار في مورد عدم إمكان الافتراق ، إذ لا معنى لتقييد الحكم الشرعي بقيد أو غاية غير ممكنة .

ومنه يظهر أنّ ذلك لا ينافي صحة دخول « حتى » على المستحيل كما في قوله تعالى ﴿حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾[1] لوضوح أنّ التعليق على المحال معناه أنّ الأمر المعلّق كالمعلّق عليه في عدم التحقّق والحصول ويقال في المقام إنّ سقوط الخيار معلّق على الافتراق فبما أنّ الافتراق غير ممكن فالخيار غير ساقط ، فإنّ هذا المعنى وإن كان صحيحاً إلّا أنه لا يجري في المقام لما مرّ من أنّ الحكم الشرعي لا معنى لتقييده أو تعليقه على أمر مستحيل وخارج عن الامكان ، وكيف كان فهذا الخيار إنّما يثبت فيما إذا كان افتراق المتبايعين ممكناً وبما أنه مستحيل في العاقد الواحد لأنه دائماً مجتمع مع نفسه ، ولا معنى لافتراق الشخص عن نفسه ، فلا يثبت الخيار في حقّه ، هذا .

والجواب عن ذلك بالنقض والحلّ ، أما النقض فهو ما أورده السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[2] على هذا الوجه في كلام شيخنا الأنصاري من أنّا إذا فرضنا

---

(١) الأعراف ٧ : ٤٠ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦ من مبحث الخيارات .

شخصين متلاصقين لا يمكن افتراقهما إلّا بالموت لاتّصال أحدهما بالآخر في بعض أجزائهما ، وافتراقهما في الأجزاء الرئيسية كالقلب ونحوه بحيث كانا شخصين متعدّدين أحدهما يتكلّم والآخر يسكت وأحدهما يبيع والآخر يشتري ، ففي مثل ذلك لا إشكال في ثبوت خيار المجلس لهما مع أنّ الافتراق فيهما مستحيل ، وثبوت الخيار في المثال ممّا لا يقبل الانكار فلا يمكن إنكار ثبوت الخيار بمجرد استحالة الانفكاك والافتراق ، أو فرضنا رجلين حبسهما ظالم بحيث لا يتمكّنان من الخروج عن مكانهما إلى يوم القيامة ، فإنّ في مثله لا يمكن نفي الخيار مع استحالة الافتراق .

وأما الحل فهو أنّ الغاية إذا كانت من الأُمور المستحيلة بالذات أي التي لا تنفك عن الاستحالة أبداً وإن كان لا يمكن أخذها في الحكم لأنه لا معنى للقول بأنّك مالك إن اجتمع الضدّان ، أو إنّ هذا واجب إن اجتمع النقيضان أو تحقق الدور أو التسلسل في الخارج لأنه لغو محض ، إلّا أنّ جعل شيء جامع بين الامكان والاستحالة غاية للحكم ممّا لا ينبغي الاشكال في صحته كما إذا جعل الغاية للحكم شيئاً يستحيل في بعض الموارد ويمكن في بعضها الآخر نظير ما ورد في الروايات من أنّ ما لاقاه البول نجس حتى تغسله حيث إنّها أخذت الغسل غاية للنجاسة فيما لاقاه البول ، ومقتضاها أنّ كل ما لاقاه البول فهو نجس وترتفع النجاسة بالغسل وهو أمر ممكن بالذات وإن كان مستحيلاً في بعض الموارد ، فإذا فرض استحالته في مورد كما إذا تنجّس القند والسُكّر أو الأصباغ وغيرها من الأُمور التي تتلف عينها بالغسل فهو لا يكشف عن أنّ ملاقاة البول فيه لا توجب النجاسة لاستحالة حصول الغاية فيه ، بل هو نجس ويبقى على نجاسته لعدم إمكان حصول الغاية فيه .

والمقام من هذا القبيل فإنّ استحالة التفرّق في العاقد الواحد لا تكشف عن عدم ثبوت الخيار في حقّه .

وبالجملة : الباطل هو أن تكون الغاية مستحيلة بالذات ، وأما المستحيل

بالقياس والاضافة فلا مانع من جعله غاية للحكم ، والافتراق من هذا القبيل لأنه ممكن بالاضافة إلى غير العاقد الواحد ومستحيل بالاضافة إليه ، فلا مانع من أخذه غاية للحكم ، واستحالته في مورد لا توجب انتفاء الحكم فيه ، وعليه فنلتزم في المقام بثبوت الخيار وعدم سقوطه إلّا بغير الافتراق من المسقطات .

الوجه الثالث : أنّ بعض الأخبار الواردة في المقام أخذ الافتراق غاية للحكم حيث دلّ على أنّ البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، وبعضها أخذ عدم الافتراق قيداً للموضوع ودلّ على أنّهما بالخيار ما لم يفترقا ، ولكن مرجعهما إلى أمر واحد وذلك لما بيّناه في محلّه من أنّ كل قيد أُخذ في ناحية الحكم لابدّ وأن يكون مفروض الوجود ويكون حاله حال القيود الراجعة إلى الموضوع من حيث عدم فعلية الحكم قبل تحقّقها ، وعليه فالمستفاد من الأخبار أنّ موضوع الخيار مقيّد بعدم الافتراق ولا اختلاف بين التعبير بأنّهما بالخيار حتى يفترقا وبين التعبير بأنّهما بالخيار ما لم يفترقا ، لأنّ معناهما واحد والاختلاف في مجرد التعبير . وكيف كان فالتقابل بين الافتراق وعدم الافتراق وإن كان تقابل السلب والايجاب فلابدّ من تحقّق أحدهما لا محالة ، وليس التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ، ولا يقاس ذلك بالاجتماع والافتراق فانّهما أمران وجوديان ويتقابلان بالعدم والملكة ويمكن ارتفاعهما فيما إذا لم يكن هناك قابلية الاجتماع ، وهذا بخلاف الافتراق وعدمه فإنّ العدم والوجود يقابلهما تقابل السلب والايجاب ، إلّا أنّ ظاهر كل قضية موجبة أو سالبة أنّ السلب والايجاب فيها سلب للمحمول بعد الفراغ عن الموضوع ، أو إيجاب المحمول بعد فرض وجود الموضوع ، وهذا في الموجبة ظاهر ، وأما السالبة فهي أيضاً كذلك ، لأنّ السلب وإن كان يصدق عقلاً مع انتفاء الموضوع أيضاً إلّا أنّ ظهوره العرفي أنه سلب للمحمول عن موضوعه الموجود ، فإذا قال أحد إنّ داري ليست بوسيعة أو إنّ زوجتي ليست بجميلة فظاهرهما أنّ له داراً وزوجة مسلوباً عنهما السعة والجمال ، لا

أنه فاقد لنفس الدار والزوجة ، وإن كان ذلك بحسب العقل صادقاً .

وعليه فظاهر قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » أنّ الموضوع للافتراق موجود والافتراق مسلوب عنه ، ومن البديهي أنّ الافتراق وعدمه إنما يتعقّل في صورة التعدّد والاثنينية وأمّا صورة الوحدة والانفراد فهي غير قابلة للافتراق وعدمه مع فرض وجود الموضوع ، إذ لا معنى لافتراق الواحد عن نفسه أو عدم افتراقه عن شخصه ، فنفس مفهوم الافتراق متقوّم بالتعدّد ، فسلب الافتراق حينئذ معناه أنّهما متعدّدان والافتراق مسلوب عنهما ، لا أنه واحد غير متعدّد حتى لا يحتاج إلى الافتراق ويكون عدم الافتراق من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، وذلك لما عرفت من أنّ ظاهر القضية السلبية أنّ الموضوع فيها متحقّق وإنما سلب عنه حكمه ومحموله ، لا أنّ السلب من جهة عدم تحقق الموضوع .

وبعبارة أُخرى : ظاهر الأخبار أنّ الخيار مقيّد بعدم الافتراق ، وعدم الافتراق إنما يصح عرفاً فيما إذا كانا متعدّدين غير متفرّقين ، لا في صورة الاتّحاد حتى يكون سلب الافتراق من جهة انتفاء موضوعه ، لما مرّ من أنّ التفرّق وعدمه إنما يتعقّلان في صورة التعدّد ، لأنّ إطلاق التفرّق وعدمه للواحد غلط عرفاً وإن كان سلبه لأجل سلب الموضوع صحيحاً عقلاً ، والعاقد الواحد حيث لا يصح إطلاق عدم الافتراق في حقه فلا يثبت له الخيار .

وهذا الوجه لا بأس به ، ولا يرد عليه ما أورده السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] من النقض بصورة اتّصال أحد الشخصين بالآخر ، وذلك لأنّ التعدّد الذي هو موضوع الافتراق متحقّق في صورة الاتّصال فيعقل فيه الافتراق وعدمه وغاية ما هناك أنّ أحدهما لا ينفصل عن الآخر بالعرض ، وأمّا لو انفصل فهما

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٦ من مبحث الخيارات .

متعدّدان ، وهذا بخلاف ما هو محل الكلام لأنّ العاقد الواحد لا تعدّد فيه بوجه فلا معنى فيه للافتراق كما مرّ ، لأنه بنفسه ومفهومه يقتضي التعدّد والاثنينية ، وهذا ظاهر .

نعم ، قد يقال بوجود المناط لثبوت الخيار في العاقد الواحد أيضاً بأن يقال إنّ الخيار إنّما جعل في حق البائع والمشتري ارفاقاً لهما ليتروّيا ويأخذا بما هو أصلح لهما من البيع وتركه ، وهذا المناط موجود في صورة اتّحاد العاقد حتى يتروّى في أنّ البيع الصادر منه هل هو مصلحة في حق من اشتراه له أو لا ، إلّا أنّ استكشاف المناط أمر غير ممكن ، وما ذكر في وجه ذلك أُمور استحسانية لا يعتمد عليها في مقابل أصالة اللزوم في المعاملات ، إذ لا يمكن الخروج منها إلّا بدليل وهو مفقود في المقام .

استثناء بعض أشخاص المبيع عن خيار المجلس

من جملة المستثنيات لخيار المجلس شراء العمودين ، وقد ذكروا أنّهما ينعتقان بمجرد المعاملة ولا يثبت في بيعهما الخيار ، وقد علّلوا ذلك بوجوه :

الوجه الأول : أنّ الرضا بحسب البقاء الذي هو غير الرضا بأصل المعاملة يوجب سقوط خيار المجلس كما سيأتي ان شاء الله حيث ورد في بعض أخبار خيار الحيوان[1] إن لامس أو قبّل فذاك رضى منه بالبيع ، فإذا تصرف أحدهما فيما انتقل إليه بنحو من أنحاء التصرف بأكله وبيعه ونحوهما فهو يكشف عن رضاه بالمعاملة وبذلك يصير البيع لازماً ويسقط خياره ، وهذا المسقط موجود في المقام من الابتداء لأنه يعلم أنّ شراء العمودين يوجب الانعتاق فهو ببيعه ذلك يتصرف في المبيع

(١) ورد مضمونه في الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ .

ويتلفه ، وهو يكشف عن رضاه بالبيع لا محالة وبه يسقط خياره ، لأنّ ما يوجب سقوط الخيار بحسب البقاء فهو أولى بأن يسقطه بحسب الحدوث ، وأنّ ما يصلح للرفع فهو أولى في الصلاحية للدفع ، فمن أوّل الأمر يمنع ذلك الرضا عن الخيار هذا ما اعتمد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

ثم استشكل فيه : بأنه إنما يختص بصورة علم المتبايعين بالعمودين وأنّ بيعهما يوجب الانعتاق بأن يكونا عالمين بالمسألة صغرى وكبرى ، وحينئذ يمكن أن يقال إن كلاً من البائع والمشتري أتلفا المبيع بالبيع وإتلافهما يكشف عن رضاهما بالبيع وأمّا في صورة الجهل بالحال وعدم العلم بصغرى المسألة أو بكبراها فكيف يكون ذلك كاشفاً عن رضاهما بالبيع ، هذا .

والظاهر أنّ الخيار لا يسقط في صورة العلم أيضاً ، وذلك أمّا في طرف البائع فلوضوح أنّ التصرف والاتلاف الكاشفان عن الرضا إنّما يسقطان الخيار فيما إذا وردا على ما انتقل إلى البائع من الثمن ، وأمّا تصرف البائع فيما انتقل عنه للمشتري ولو باتلافه فلا يكشف عن رضاه بالمعاملة حتى يسقط بذلك الخيار ، فإذا فرضنا أنّ البائع كان عالماً بأنّ المشتري سيتلف المبيع بأكله أو ببيعه وقلنا إنّ إقدامه على البيع حينئذ إتلاف للمبيع ، فإنّ هذا لا يوجب سقوط خيار البائع ويكشف عن رضاه بالبيع ، فلا مقتضي لسقوط الخيار من طرف البائع أصلاً .

وأمّا من طرف المشتري فهو أيضاً كذلك ، لأنّ التصرف الكاشف عن الرضا الموجب لسقوط الخيار إنّما هو التصرفات الواقعة بعد البيع والمعاملة التي تعدّ عرفاً ترتيباً للأثر المترتّب على المعاملة كما هو ظاهر قوله « أرأيت إن لامس أو قبّل » يعني أنه لو أراد ترتيب أثر المعاملة وبنى على أنه له فتصرف فيه ، فهو الذي يكشف

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٩.

عن رضاه بحسب البقاء وهو رضا ثانٍ غير رضاه بأصل البيع ، وأمّا التصرّف المقارن للبيع والملازم لتحقّق البيع فهو لا يكشف إلّا عن رضاه بأصل المعاملة لا عن رضاه بابقاء المال ، ومثله لا يكون كاشفاً عن الرضا بحسب البقاء فلا يكون مسقطاً فالبيع الذي هو إتلاف للمبيع لا يوجب سقوط الخيار .

نعم ، لو ادّعينا انصراف الأخبار إلى صورة تمكّن ذي الخيار من ردّ عين المال المنتقل إليه كما ادّعاه شيخنا الأنصاري في بحث المعاطاة وفي أوائل بحث الخيار(١) لأمكن أن يقال إنّ المشتري للعمودين حيث لا يتمكّن من ردّ المال المنتقل إليه فلا يثبت له الخيار ، إلّا أنّك عرفت سابقاً أنّ الخيار أمر غير راجع إلى العوضين بل هو حل للعقد الواقع على المال ، وبعد حلّه لابدّ من إرجاع عين المال إلى مالكه لو كان وإلّا فلابدّ من ردّ بدله إليه من المثل أو القيمة ، وهذا نظير حكمهم بثبوت الأرش فيما إذا ظهر في المبيع عيب مع فرض تلفه ، وقد التزموا بجواز الرجوع بالأرش إلى البائع والحال أنّ المبيع تالف ، فليكن الخيار أيضاً كذلك ويجوز له أن يرجع ببدل المبيع إلى المشتري فيما إذا انعتق عليه .

والمتحصّل من جميع ذلك : أنّ إطلاقات أدلّة الخيار محكّمة في المقام ولا وجه لرفع اليد عنها كما لا يخفى .

الوجه الثاني : أنّ خيار المجلس إنّما ثبت في البيع ولا بيع في شراء العمودين أو غيرهما ممّن ينعتق على المشتري ، وذلك لأنه عتق وإتلاف حقيقة ، وليس في البين إلّا مجرد إنشاء البيع دون البيع الحقيقي ، وهو وإن كان قاصداً للتملّك بانشائه إلّا أنّ الشارع حكم فيه بالانعتاق ، فلا بيع في البين حتى يثبت فيه الخيار ، وأمّا العتق فلا خيار مجلس فيه .

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٩ .

وهذا الوجه ربما يستفاد من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث ذكر أنّ الملك في بيع العمودين تقديري فرضي وليس بتحقيقي ، وأنّ البيع في مثل ذلك إخراج للمال عن المالية ، فترى أنه لا يراه بيعاً وموجباً للملكية الحقيقية ، وكيف كان فلو تم هذا الوجه لما كان لثبوت الخيار في بيع العمودين مقتضٍ أصلاً ، لأنه ليس ببيع وإنّما هو عتق .

إلّا أنّ الالتزام بذلك وإثبات أنه عتق وخارج عن البيع مشكل ودون إثباته خرط القتاد ، لاستلزامه الحكم بأنّ ما قصداه لم يقع والشارع حكم بالحرية عوضاً عن الملك ، وأنّ ما وقع لم يقصداه ، وهذا كما ترى ممّا لا يمكن الالتزام به إلّا بدليل يدلّ عليه وهو مفقود في المقام . فالصحيح أنّ المشتري يملك المبيع في زمان قليل بحيث لا يترتّب عليه سوى الانعتاق فهو بيع حقيقة والانعتاق حكم شرعي قهري .

الوجه الثالث : أنّ الفسخ يتوقّف على رجوع العين إلى ملك البائع فيما لو باعها المشتري أو أتلفها في زمن الخيار ، وحينئذٍ إذا فسخ البيع يصح للبائع أن يطالب المشتري ببدل ماله الذي تلف تحت يده حيث إنّ العين دخلت في ملكه ثم أتلفها المشتري فيضمنها المشتري بدليل من أتلف ونحوه ، وإلّا فلا معنى للفسخ في صورة تلف المال ، لأنّ المال قد أتلفه المشتري في ملكه فبأيّ وجه يغرم للبائع القيمة مثلاً ، فلابدّ من القول بأنّ العين تدخل في ملك البائع قبل تلفها فتكون ملكه ، وبما أنّ المشتري أتلفها أو تلفت هي تحت يده فيطالبه ببدلها بعد الفسخ ، وهذا التقدير في مثل تلف المبيع عند المشتري ببيعه وإتلافه ممكن ، وأمّا في مثل المقام الذي فرضنا انعتاق المبيع فيه على المشتري غير متصوّر ، لأنه لو كان داخلاً في ملك البائع بفسخه لما كان هناك وجه لانعتاقه ، لأنه إنما ينعتق على المشتري دون البائع والمفروض أنّ البائع لم يعتقه بعد ذلك ، وبما أنه حرّ لا ينقلب إلى المملوكية بعده فلا يدخل في ملك البائع ، بل قد عرفت أنه لو دخل في ملكه لما كان وجه لانعتاقه ، وحيث إنّ المبيع لا

يمكن أن يكون داخلاً في ملك البائع فلا يتصوّر فيه الفسخ والخيار ، هذا .

ولا يخفى أنّ الالتزام بلزوم دخول المبيع في ملك البائع قبل إتلاف المشتري ممّا لا ملزم عليه ، لما عرفت من أنّ الخيار والفسخ يرجعان إلى حل العقدة الأوّلية ومقتضى حلّها رجوع كل مال إلى ملك مالكه إن كان وإلّا فبدله مثلاً أو قيمة ، بل لا يمكن الالتزام بذلك أصلاً لاستلزامه رجوع الثمن فيما إذا باعه المشتري قبل فسخ البائع إلى ملك البائع ، وذلك لأنّا فرضنا المبيع ملكه قبل بيعه ، ومقتضى قانون المبادلة أن يرجع الثمن إلى ملك من خرج عن كيسه المثمن والمفروض أنه خرج من كيس البائع ، مع أنه خلف لأنّا قد فرضنا أنّ المشتري باعه لنفسه لا للبائع ، وكيف كان فالالتزام بأنّ المال لابدّ من أن يتلف في ملك البائع وأنه لابدّ من أن يدخل في ملكه قبل طروّ الاتلاف عليه ممّا لا يمكن المساعدة عليه .

الوجه الرابع : أنّ الخيار حق متعلّق بالمالين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما فلا يبقى معه مجال للخيار ، إذ لا يمكن ردّ المال حينئذ بالفسخ وإعمال الخيار كما ذكروا ذلك في المعاطاة .

وقد عرفت الجواب عن ذلك سابقاً بأنّ الخيار إنما يتعلّق بالعقد والالتزام لا بالمالين والعوضين وإلّا فلازم ذلك سقوط خيار البائع في صورة بيع المشتري للمبيع لعدم إمكان ردّه إلى المالك حينئذ .

الوجه الخامس : ما ذكره الشيخ أسد الله التستري (قدّس سرّه)(١) من أنّ الخيار والانعتاق أمران حادثان ، فلابدّ من ملاحظة متعلّقهما وأنّهما هل تعلّقا بشيء واحد أو بشيئين وأيّهما أسبق من الآخر وأيّهما لاحق عليه ، فأمّا أن يكون متعلّقهما أمراً واحداً بلا سبق وتقدّم من أحدهما على الآخر كما إذا قلنا بتعلّقهما بالبيع أو

(١) مقابس الأنوار : ٢٤٠ .

بتعلّقها معاً بالملكية ، وإمّا أن يكون متعلّقهما مختلفاً ويكون أحدهما أسبق من الآخر كما إذا قلنا بتعلّق الخيار بالبيع وتعلّق الانعتاق بالملكية أو عكسنا الأمر وقلنا إنّ العتق يتعلّق بالبيع والخيار بالملكية .

فإن كان متعلّقهما متعدّداً فلا محالة يكون أحدهما أسبق من الآخر ، لأنّ الملكية متأخّرة عن البيع بحسب الرتبة فما يتعلّق بها متأخّر عمّا يتعلّق بالبيع لا محالة فإن كان المتعلّق بالبيع هو الخيار فنلتزم بالخيار في المقام لسبقه على الانعتاق ، كما أنّ الانعتاق لو كان متعلّقاً بالبيع فلابدّ من الالتزام به ورفع اليد عن الخيار بسبق العتق عليه .

وأمّا إذا كان متعلّقهما واحداً بلا سبق ولا لحوق ، فتارة قدّم (قدّس سرّه) العتق على الخيار بدعوى أنّ دليله أنص وأصرح من الآخر ، وأُخرى التزم بكليهما من جهة عدم التنافي بينهما وحكم بردّ البدل عند الفسخ .

إلّا أنّ هذا التفصيل ممّا لا تترتّب عليه ثمرة ، إذ السبق واللحوق بحسب الزمان خارج عن فرض المسألة ، والسبق واللحوق بحسب الرتبة ممّا لا يترتّب عليها أثر ، والوجه في ذلك ما ذكرناه في محلّه من أنّ العبرة في التقدّم والتأخّر في الأحكام الشرعية بالخارج والزمان ، وأمّا التقدّم والتأخّر بحسب الرتبة فلا اعتبار بها في الأحكام الشرعية بوجه ، وعليه فإذا كان البيع والملك متقارنين بحسب الزمان كما إذا باع العبد ممّن ينعتق عليه ببيع الحال فلا محالة يكون العتق والخيار متقارنين فلابدّ من الأخذ بأحدهما إذا كان بينهما التنافي وإلّا بكليهما ، وهذا من دون فرق بين ما إذا قلنا بأنّ العتق يترتّب على البيع والخيار على الملك أو قلنا بعكسه وأنّ الخيار يترتّب على البيع والعتق على الملك ، وذلك لأنّا ولو سلّمنا أنّ الخيار في الفرض الأول متأخّر عن العتق بحسب المرتبة لأنّ مرتبة الملك متأخّرة عن مرتبة البيع وهو متقدّم على الملك فيكون العتق متقدّماً على الخيار ، إلّا أنّك عرفت أنّ مجرد

التقدّم والتأخّر بحسب المرتبة لا اعتبار به في الأحكام الشرعية كما هو ظاهر ، هذا كلّه فيما إذا كانا متقارنين بحسب الزمان .

وأمّا إذا كان البيع والملك مختلفين زماناً بأن كان أحدهما متقدّماً والآخر متأخّراً بحسب الخارج والزمان كما إذا باع العبد ممّن ينعتق على المشتري ببيع السلم حيث إنّ البيع فيه فعلي وحصول الملك أمر متأخّر لتوقّفه على القبض المتأخّر عن البيع بحسب الزمان ، فحينئذ إذا كان العتق مترتّباً على البيع والخيار على الملك فالعتق يتحقّق بمجرد البيع وهو يمنع عن حصول الملك للمشتري فيمنع عن الخيار أيضاً برفع موضوعه ومورده ، لأنّ الخيار يترتّب على الملك حسب الفرض ومع الانعتاق بالبيع لا يبقى مجال للملكية ، كما أنّ المترتّب على البيع إذا كان هو الخيار وكان العتق مترتّباً على الملك فاعمال الخيار يمنع عن العتق لتحقّقه قبله ومنعه عن الملكية التي فرضناها متعلّقة للعتق وذلك ظاهر .

إلّا أنّ الكلام ليس في مثل بيع السلم الفاقد لشرط الملكية حين المعاملة وإنّما الكلام في البيوع المتعارفة الواجدة لجميع شرائط الملكية ، وقد عرفت الحال حينئذ وأنه لا اعتبار بالتأخّر والتقدّم بحسب المرتبة ، وأمّا بيع السلم ونحوه ممّا لا يكون مشتملاً على شرائط الملك كما إذا كان البيع فاقداً للقبول أو للاجازة والامضاء في بيع الفضولي أو لسائر شرائط الملكية مع تحقق البيع ، فيمكن أن نلتزم بالتخصيص في مثلها وأنّ كل بيع فيه الخيار إلّا مثل بيع السلم فيما إذا كان الخيار مترتّباً على الملك ، أو يقال كل شراء العمودين يوجب الانعتاق إلّا في الشراء في بيع السلم فيما إذا كان الانعتاق مترتّباً على الملك المتأخّر عن البيع بحسب الزمان ، بل يمكن أن يقال إنّ خروج أمثال بيع السلم ليس من جهة التخصيص بل هو خروج موضوعي ، لأنّ الكلام في البيع الواجد لجميع شرائط الملك وأمّا الفاقد كما في الأمثلة المتقدّمة فهو ليس من البيع الواجد للشرائط ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّ الفرض الأول وهو كون العتق مترتّباً على البيع والخيار على الملك فرض بحت كأنياب الأغوال لا واقعية له بوجه ، لأنّ العتق إنّما يترتّب على شراء العمودين وملكهما لا على مجرد البيع ، كما أنّ الخيار يترتّب على عنوان « البيّع » لا على المالك ، فهذا الفرض ساقط عن الاعتبار .

وأمّا الفرض الثاني أعني عكس الصورة الأُولى وهو كون الخيار متقدّماً ومترتّباً على البيع والعتق على الملك فهو أمر ممكن ، لما عرفت من أنّ الموضوع للخيار هو « البيّع » وللعتق ملك العمودين ، فيتمكّن المتبايعان من أن يرجعا عن التزامهما الثابت بالبيع قبل حصول الملك ، إلّا أنّهما إذا كانا متقارنين بحسب الزمان فقد عرفت عدم الأثر على تقدّم أحدهما عن الآخر بحسب المرتبة حينئذ ، بل لابدّ من أن يؤخذ بأحدهما إذا كان بينهما تنافٍ وإلّا فيؤخذ بكليهما ويحكم بردّ بدل العبد إلى المالك البائع ، وأمّا فيما إذا كانا مختلفين بحسب الزمان فقد مرّ أنه خارج عن محل الكلام بالتخصيص أو التخصّص ، هذا كله في هذه المسألة .

استثناء المسلم المشترى من كافر

ومن جملة المستثنيات شراء العبد المسلم من الكافر حيث ذهب بعضهم إلى أنه لا خيار فيه للكافر ولا للمشتري ، وهذا من دون فرق بين صورة ارتداد المالك المسلم وصيرورته كافراً وبين إسلام العبد الكافر وصيرورته مسلماً ، وكيف كان يقع الكلام في وجه الحكم بعدم الخيار فنقول :

إن قلنا بأنّ شراء العبد المسلم من الكافر ليس ببيع حقيقة بل من جهة أنّ العبد المسلم لا يجتمع مع المولى الكافر فهو بمجرد إسلامه قد انعتق وصار حرّاً غاية الأمر أنّ الشارع راعى جانب المالك وحكم بردّ ثمنه إليه من بيت مال المسلمين لئلّا يتضرّر الكافر بذلك ، فهذا مجرد صورة البيع لا أنه بيع حقيقة كما احتمل ذلك في

المسألة المتقدّمة ، فعدم ثبوت الخيار في شراء العبد المسلم من الكافر ظاهر لأنه ليس ببيع .

وأمّا إذا قلنا بأنه بيع حقيقة وأنّ إسلام العبد لا يمنع عن كونه مملوكاً للكافر فلذا ورد عنهم (عليهم السلام) الأمر باجبار الكافر على البيع ، لا أنه ينعتق بمجرد الإسلام بل لابدّ من بيعه فهو بيع حقيقة ، فعليه إن قلنا بأنّ الملك الاستمراري ليس بسبيل وإنّما السبيل هو الملك الابتدائي ، فلا مانع من أن يثبت فيه الخيار ، لأنّ الفسخ حينئذ يوجب عود الملك السابق لا إحداث ملك جديد وقد فرضنا أنّ إسلام العبد لا يمنع عن كونه مملوكاً للكافر غاية الأمر أنه يجبر على البيع ثانياً فكأنّ البيع الأول لم يكن من الابتداء فيكون مملوكاً للكافر ثم يجبر الكافر على البيع ثانياً وإذا فرضنا البيع الثاني خيارياً أيضاً فيفسخ فيعود إلى ملك الكافر ثالثاً ثم يجبر الكافر على البيع مرّة ثالثة وهكذا إلى أن يبيعه بما لا خيار فيه باسقاط ونحوه .

وأمّا إذا قلنا بأنّ العبد لا يعود ملك الكافر ، لأنّ عوده إلى ملك الكافر سبيل للكافر على المسلم كالملك الابتدائي ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾(١) أو لأنّ الأمر بالبيع ينافي الخيار وحكم الشارع برجوعه رقّاً إلى الكافر إذ لو جاز كونه رقاً للكافر فلماذا أمر بالبيع وأجبر عليه ، وإن لم يكن الشارع راضياً برقية المسلم وكونه تحت سلطنة الكافر فلماذا حكم بعوده إلى ملك الكافر رقاً فهذان الأمران لا يجتمعان ، فحينئذ إن اشترطنا في ثبوت الخيار رجوع المبيع من المشتري إلى ملك البائع وكون ذلك ممكناً ، فلا محالة لا يثبت الخيار في شراء العبد المسلم ، لعدم إمكان رجوعه إلى ملك البائع حسب الفرض .

وأمّا إذا قلنا ـ كما هو الحقّ ـ بأنّ الخيار أمر متعلّق بالعقد ، والفسخ يوجب

---

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

حلّه فيرجع كل مالك إلى ملكه إن كان وإلّا فإلى بدله ، فلا مانع من الالتزام بثبوت الخيار في المقام ويقال إنّ الكافر يتمكّن من الفسخ والرجوع عن المعاملة والالتزام إلّا أنه لا يجب ردّ ملكه إليه كما يجب في سائر المعاملات من أجل حكم الشارع بعدم صحة تملّك الكافر له ، فهو بمنزلة التالف فيجب ردّ بدله إليه من القيمة لا محالة .

وعليه فهذه الصورة ـ يعني شراء العبد المسلم من الكافر ـ لا تكون من المستثنيات لثبوت الخيار فيها كما عرفت . وكيف كان فلا يمكن الحكم بعدم الخيار بمجرد عدم جواز عود العبد إلى ملك الكافر بل لابدّ فيه من التفصيل المتقدّم .

استثناء شراء العبد نفسه

ومن جملة المستثنيات شراء العبد لنفسه بناءً على صحة بيعه ، حيث ذكروا أنّ خيار المجلس لا يثبت فيه ، والوجه في ذلك أنّ اعتبار البيع متوقّف على أن يكون هناك مالك ومملوك وهذا المعنى غير متحقّق في شراء العبد لنفسه ، لأنه إنما يشتري نفسه لنفسه وقد عرفت أنّ الملكية الاعتبارية المصطلحة في البيع ونحوه يعتبر فيها تعدّد المالك والمملوك ولا اعتبار للملكية في صورة الاتحاد ، إذ لا يعتبرون الشخص مالكاً لنفسه بالملك الاعتباري .

وأما الملكية الحقيقية أعني عدم كونه محجوراً في التصرفات لنفسه وسلطنته عليها فهي وإن كانت ثابتة إلّا أنّها عين الحرّية والانعتاق ، لأنّ العبد لا يملك نفسه ولا سلطنة له على نفسه بخلاف الحرّ ، ومنه قوله تعالى ﴿**قَالَ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي**﴾[1].

فالمتحصّل : أنّ الملكية الاعتبارية غير معقولة في المقام لتوقّفها على تعدّد

(١) المائدة ٥ : ٢٥ .

المالك والمملوك وتغاير أحدهما عن الآخر ، وأمّا الشخص الواحد فلا يعتبر المالكية فيه لنفسه بحيث يتمكّن من بيع نفسه للآخرين وإلّا فلو أمكن ذلك بحسب الحدوث فلا وجه لسقوطه بل يبقى مالكاً لنفسه إلى يوم القيامة بالملك الاعتباري فحيث إنّهم لا يلتزمون بالملكية الاعتبارية بحسب البقاء ويقولون بسقوطها بعد الحدوث فلا نلتزم بها بحسب الحدوث أيضاً ، فإنّ المانع بحسب البقاء هو المانع بحسب الحدوث أيضاً ، فالملكية الاعتبارية غير معقولة في الشخص الواحد والملكية الحقيقيّة عين الحرية والانعتاق ، وعليه فلا بيع في المقام واقعاً لأنه عتق بصورة البيع ولا خيار في غير البيع الحقيقي .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ المانع عن الخيار في المقام غير المانع عنه في مسألة شراء العمودين ، فإنّ الملكية الاعتبارية معقولة بالاضافة إلى العمودين في حدّ نفسها ، إذ لا مانع من أن يتملّك الإنسان أبويه ، وإنّما منع عن ذلك الشارع فلذا قلنا لا مانع من ثبوت الخيار فيه لدخولها في ملك المشتري بآنٍ ثم يطرؤهما الانعتاق فالمانع عن التملّك فيها شرعي ، وهذا بخلاف المقام لأنّ المانع من تملّك الإنسان لنفسه عقلي ، إذ لا يعقل اعتبار الإنسان مالكاً لنفسه فلا يمكن في ذلك الملكية ولو بآنٍ حتى يتصوّر فيه الخيار .

وعليه فما يظهر من كلمات شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ شراء العبد لنفسه وشراء العمودين من وادٍ واحد والمانع في أحدهما هو المانع في الآخر ، كما ترى لما مرّ من أنّ المانع في أحدهما عقلي وفي الآخر شرعي ، ولأجله لا مانع من الالتزام بالخيار في شراء العمودين والرجوع إلى البدل ، بخلاف شراء العبد لنفسه فانه أمر غير معقول ، فهو عتق فلا يثبت فيه الخيار ، ولعلّه لأجل ذلك ادّعى شيخنا

---

(١) منية الطالب ٣ : ٣٧ .

الأنصاري[١] انصراف أدلّة الخيار إلى صورة مغايرة المالك والمملوك .

استثناء شراء الجمد في الصيف

ومن جملة المستثنيات ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة[٢] من أنه لو اشترى جمداً في شدّة الحرّ لا يثبت فيه خيار المجلس ، ولعلّه من جهة اشتراط الخيار بعدم التلف ، ولذا استشكل عليه في جامع المقاصد[٣] بأنّ التلف لا يسقط الخيار ، وقد وجّهه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٤] بما حاصله : أنّ إقدام المتبايعين على ما يعلمان بتلفه حقيقة أو من جهة حكم الشارع عليه بالانعتاق إعراض عن مالهما ورفع اليد عنه ولذا يسقط فيه الخيار ، هذا .

وقد تقدّم دعوى سقوط الخيار بمجرد علم المتبايعين بأنّ المبيع سيتلف وذكرنا هناك أنّ علمهما بذلك لا يمنع عن الخيار وإلّا لزم الالتزام بما لا يلتزم به هو (قدّس سرّه) قطعاً وهو ما إذا علم البائع أنّ المشتري سيعتق العبد المشترى قطعاً ، أو باع طعاماً يعلم أنّ المشتري يأكله أو يتلف هو بنفسه ، فإنّ لازم ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام هو الالتزام بعدم ثبوت الخيار في المسألة للبائع مع أنه ممّا لا يلتزم به فقيه وعليه فالظاهر أنّ العلم بالتلف لا يمنع عن الخيار وغاية الأمر أنه يرجع إلى بدله عند التلف .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري وحمل كلام العلّامة عليه من أنه من جهة

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٦ ، ٤٥ .

(٢) التذكرة ١١ : ١٢ .

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٢٨٧ .

(٤) منية الطالب ٣ : ٣٨ .

احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء ، ففيه : أنّ هذا الاشتراط ممّا لم يقم على اعتباره دليل فلا وجه للالتزام به ، هذا تمام الكلام في المستثنيات .

جريان خيار المجلس في غير البيع من المعاملات

ذكر الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)(١) في بعض كلماته أنّ خيار المجلس لا يمنع من دخوله في الوكالة والعارية والقراض والجعالة مانع كما لا يمنع من دخول خيار الشرط فيها ، ولأجل ذلك وقع الكلام في اختصاصه بالبيع أو جريانه في جميع المعاملات فنقول :

أمّا الصلح والاجارة والدَين وغيرها من المعاملات المحكومة باللزوم ولو من طرف واحد كما في الدَين فلا مانع من جريان خيار المجلس فيها بحسب الثبوت كما يجري فيها سائر الخيارات كخيار الشرط ونحوه ، ولكنّه لم يدلّ عليه دليل في مقام الاثبات ، لاختصاص دليله بالبيع ، ولا يمكننا التعدّي عنه إلى غيره من دون دلالة دليل ولا قيام قرينة عليه . نعم في بعض موارد الأحكام نتعدّى إلى غيره من جهة المناسبات بين الموضوعات والأحكام كما في مثل : لعن الله بائعها ـ أي الخمر ـ وشاربها الخ(٢) حيث إنه وإن كان مورده بيع الخمر إلّا أنّا نقطع بعدم خصوصية للبيع في ذلك ، لأنه لو وهبها أو أباحها أيضاً ثبتت الحرمة من جهة تلك المناسبة الموجودة بين الخمر والحكم بحرمة بيعها ، وأمّا فيما لم تقم عليه قرينة فلا ولعلّه ظاهر .

وبالجملة أنّ المانع عن جريان خيار المجلس في تلك العقود منحصر بمقام

---

(١) المبسوط ٢ : ٨٢ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ١٧ : ٢٢٤ / أبواب ما يكتسب به ب ٥٥ ح ٣ ، ٤ ، ٥ .

الاثبات وهو عدم دلالة الدليل ، وأمّا في مثل الوكالة والعارية والمضاربة ونحوها من العقود الجائرة بالذات فلا معنى محصّل لخيار المجلس فيها ، لأنّها بحسب ذاتها محكومة بالجواز ومع ذلك يكون جعل الخيار الذي هو بمعنى جواز العقد لغواً محضاً ، وقد ذكرنا أنّ الجواز الخياري هو عين الجواز الحكمي الثابت في تلك المعاملات وغاية الفرق بينهما أنّ الأول يقبل الاسقاط دون الثاني ، وعليه فلا يبقى مجال لجعل الخيار في العقود المذكورة لأنه يتمكّن فيها من الرجوع وحلّها . وأمّا من حيث إسقاط حقّ الرجوع فالمفروض أنّ هذه العقود جائزة ولا يرتفع جوازها بالاسقاط فما معنى جعل الخيار فيها ، وعليه فالمانع عن الخيار في العقود الجائزة مضافاً إلى المانع بحسب الاثبات هو المانع الثبوتي .

وأمّا ما أفاده الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) فلابدّ من تأويله بوجه ولو بما أوّله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وإن كان بعيداً في حدّ نفسه بأن يقال : إنّ المراد من دخول الخيار فيها هو اشتراط مثل الوكالة أو المضاربة في المعاملة البيعية حيث إنّ الخيار في البيع يسري إلى الوكالة المشروطة فيها بالتبع ، لأنه لو فسخ البيع تنفسخ الوكالة أيضاً لا محالة ، أو نحمل كلامه على الاشتباه أو نلتزم بعدم فهم كلامه .

الكلام في مبدأ خيار المجلس

لا إشكال في أنّ مبدأ هذا الخيار من حين العقد والبيع كما هو ظاهر النصّ والفتاوى ، ومن ثم وقع الكلام في بعض أفراد البيع كالصرف والسلم ونحوهما ممّا تتوقّف صحة البيع فيه بعد العقد على أمر آخر كالتقابض فيهما ، ولا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار فيهما أيضاً فيما إذا تحقّق التقابض في مجلس العقد لحصول شرط البيع

---

(١) المكاسب ٥ : ٤٨ .

والملك ، وإنّما الكلام في ثبوته فيهما قبل التقابض ، وقد وقع الخلاف في ذلك بينهم وتفصيل الكلام في ذلك يقع في مقامين : المقام الأول في وجوب التقابض في الصرف والسلم وعدمه . والمقام الثاني : في جريان الخيار فيهما على كلا تقديري القول بوجوب التقابض وعدمه .

أمّا المقام الأول : فقد استدلّ على وجوب التقابض فيهما بقوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**(١) لأنّ الوفاء بالعقد يقتضي التقابض فيهما فيكون واجباً شرعاً . وحكي عن العلّامة (قدّس سرّه)(٢) انه استدلّ على وجوب التقابض في بيع الصرف بأنه لو لا التقابض للزم الربا ، لأنّ بيع أحد المتجانسين بالآخر على أن يكون أحدهما معجّلاً والآخر مؤجّلاً محرّم وربا ، فلو أقبض أحدهما في المقام ولم يقبض الآخر فلا محالة يشبه الربا فيكون التقابض واجباً شرعاً .

أمّا الاستدلال بآية **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ففيه **أوّلاً** : أنّ الآية لا دلالة لها على وجوب الوفاء تكليفاً وإنّما وردت هي في مقام الارشاد إلى عدم انفساخ البيع بالفسخ ، فهي إرشاد إلى الحكم الوضعي وهو اللزوم كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقاً .

وثانياً : أنّا لو سلّمنا أنّها توجب الوفاء بالعقد شرعاً ، فهو إنّما يتمّ فيما إذا كان للعقد أثر يترتّب عليه خارجاً ، وأمّا إذا لم يكن للعقد أثر أصلاً لعدم تماميته عند الشارع من أجل توقّفه على أمر غير متحقّق ، فلا معنى لوجوب الوفاء به ، والعقد في البيعين أعني الصرف والسلم ممّا لا يترتّب عليه أثر شرعاً لتوقّف تأثيره على حصول التقابض حسب الفرض ، فالعقد بدونه ممّا لا أثر له فما معنى وجوب الوفاء به .

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٤١٦ .

وثالثاً : لو سلّمنا شمول الآية للمقام وقلنا إنّ العقد بما هو قابل لوجوب الوفاء به ، فنقول إنّ ذلك إنّما يتم فيما إذا كان هناك التزام بالملكية في البين حتى يقال بوجوب الوفاء على طبقها وإنهائها إلى الأبد ، وليس في المقام التزام بشيء قبل التقابض ، وإنّما التزم كل واحد منهما بتمليك ماله وإعطائه إلى الآخر على تقدير تمليك الآخر ودفعه المال إليه ، فلا التزام بشيء قبل حصول التقابض من الطرفين والالتزام تعلّق بالملكية بعد التقابض ، وعليه فلا معنى لوجوب الوفاء قبله ، إذ لا التزام حينئذ بشيء ، هذا كلّه في الاستدلال بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

وأمّا ما حكي عن العلّامة (قدّس سرّه) من أنّ عدم وجوب التقابض يستلزم شباهة المقام للربا فيكون التقابض واجباً ، فينبغي أن يعدّ هذا من غرائب الكلام ولا أدري كيف رضي العلّامة (قدّس سرّه) باستنباط الأحكام الشرعية بهذه الاستحسانات الباردة وهي أشبه شيء باستدلالات المخالفين ، وذلك من جهة أنّ ما أفاده على تقدير تماميته أخصّ من المدّعى وإنّما يجري فيما إذا كان العوضان الربويّان متجانسين كما إذا باع الذهب بالذهب فإنّه الذي إذا كان أحدهما معجّلاً والآخر مؤجّلاً استلزم الربا الحرام ، وأمّا إذا باع الفضّة بالذهب ولم يكن العوضان الربويّان متجانسين فلم يدلّ دليل على أنّ كون أحدهما نسيئة أو مؤجّلاً محرّم لأنه ربا فيكون الدليل أخصّ من المدّعى .

وثانياً : أنّ ما أفاده لو تم فإنّما يقتضي الحرمة فيما إذا أقبض أحدهما ولم يقبض الآخر لأنه الأشبه بالربا ، وليس هذا مورد البحث في المقام وإنّما نتكلّم فيما إذا لم يكن قبض ولا إقباض من الطرفين في البين ، ومن الظاهر أنه غير شبيه بالربا كما هو أوضح من أن يخفى .

وثالثاً : هب أنّ المقام أشبه بالربا الحرام ، إلّا أنّ مجرد الشباهة لا تستدعي الحرمة أفيمكن أن يقال إنّ الأشبه بالخمر من حيث الرائحة أو اللون حرام لأنّ

الخمر حرام ، وكيف كان فالحق أنّ التقابض ممّا لا دليل على وجوبه شرعاً في الصرف والسلم وفاقاً للمحقّق الأردبيلي (قدّس سرّه)[١] هذا .

ثم إنه ربما يستدلّ على وجوب التقابض بقوله (عليه السلام) « وإن نزا حائطاً فانز معه »[٢] بدعوى أنه إنّما أُمر بالنزو من جهة تحصيل التقابض ، فمنه يستكشف أنّ التقابض واجب ، إذ لولاه لما أمر بالنزو مع الطرف ، هذا .

ولا يخفى أنّ تلك الأخبار في مقام الارشاد إلى شرطية التقابض في بيع الصرف والسلم ولا دلالة فيها على وجوب التقابض تكليفاً ، إذ لا إشكال في جواز ترك النزو معه شرعاً فيبطل العقد بالتفرّق من دون تقابض ، وعليه فلا يمكن الاستدلال بها في المقام ، هذا كلّه في المقام الأول .

وأمّا المقام الثاني : أعني ثبوت الخيار في الصرف والسلم على كلا تقديري القول بوجوب التقابض وعدمه ، فالكلام فيه أيضاً يقع في مقامين : المقام الأول في إمكانه بحسب مقام الثبوت . والمقام الثاني في ثبوته بحسب مقام الاثبات .

أمّا الكلام في مقام الثبوت فملخّصه : أنه لا ينبغي الاشكال في إمكان جريان الخيار في بيع الصرف أو السلم على كل من احتمالي وجوب التقابض وعدمه . أمّا على القول بوجوب التقابض فلوضوح أنّ الخيار إذا ثبت فيهما فيترتّب عليه جواز الفسخ وهو يوجب رفع وجوب التقابض الذي فرضنا ثبوته بالعقد ، وأمّا على القول بعدم وجوب التقابض فلأنّ نتيجة الخيار وجواز الفسخ حينئذ رفع صلاحية

---

(١) مجمع الفائدة ٨ : ٣٠٢ ، ٣٤٧ .

(٢) نصّ الرواية كما في الوسائل ١٨ : ١٦٩ / أبواب الصرف ب ٢ ح ٨ هكذا : عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : إذا اشتريت ذهباً بفضّة أو فضّة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه ، وإن نزا حائطاً فانز معه » .

العقد للتأثير على تقدير التحاق التقابض به ، لبداهة أنّ العقد يصلح لذلك فيما إذا لحقه التقابض وأمّا إذا فسخه فيسقط عن قابلية التأثير بالانضمام إلى التقابض .
وبالجملة لا مانع بحسب مقام الثبوت من أن يثبت خيار المجلس في بيع الصرف والسلم كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأمّا الكلام بحسب مقام الاثبات : فمجمل القول فيه أنّ الروايات الدالّة على خيار المجلس بل وخيار الحيوان أيضاً إنما دلّت على ثبوتهما للبيّعان ، وهذا العنوان إنما يثبت للمتعاقدين في الصرف والسلم بعد حصول التقابض ، وأما قبله فلا بيع في البين فلا يصدق عليهما البيّعان ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ مورد هذا الخيار بحسب الروايات هو ما يكون صحيحاً في حدّ نفسه بحيث لو افترقا لزم البيع ، وليس الأمر في المقام كذلك لأنّهما لو افترقا بطل البيع في الصرف والسلم فلا تكون صحة المعاملة مفروغاً عنها ، ومعه لا يثبت فيها الخيار لما عرفت من أنّ مورده هو البيع الصحيح الذي لو افترقا عن مجلس البيع لزم لا أنّهما لو افترقا بطل . وكيف كان فلا دليل بحسب مقام الاثبات على جريان خيار المجلس وثبوته في بيع الصرف والسلم . نعم لا مانع من جريان خياري الغبن والعيب ونحوهما فيهما لعمومية أدلّتهما ولعلّه ظاهر .

وممّا ذكرناه في المقام يظهر أنّ الخيار في بيع الفضولي للمالكين الحاضرين في مجلس العقد إنّما هو من زمان إجازتهما ، لأنه زمان الانتساب والاستناد إليهما فصدق البيّع عليهما إنّما هو من هذا الزمان ، وهذا من دون فرق بين القول بالنقل والقول بالكشف .

مسقطات خيار المجلس

من جملة المسقطات لخيار المجلس اشتراط سقوطه في ضمن العقد على نحو

شرط النتيجة دون شرط العمل ، وقد استدلّوا على ذلك بـالاجماع عـلى سـقوطه باشتراطه في ضمن العقد .

ويدفعه : ما ذكرناه غير مرّة من أنّ الاجماع في أمثال المقام لا يمكن الاعتماد عليه ، للعلم باستناد المجمعين إلى الأدلّة الدالّة على العمل بالشرط ، بـل لا يـصحّ الاعتماد عليه فيما إذا احتمل الاستناد إلى دليـل فـضلاً عـمّا إذا عـلمنا بـالاستناد والوجه في ذلك أنّ الاتّفاق بما هو لمّا لم يكن حجّة معتبرة بل إنّما صار كذلك من جهة كشفه عن رأي المعصوم (عليه السلام) فلا محالة يختص بما إذا استكشفنا رأيه (عـليه السلام) عن الاجماع بالقطع ، وأمّا فيما إذا احتملنا أو علمنا بأنّ المجمعين اعتمدوا في ذلك إلى دليل فلا يحصل لنا القطع بكشف الاجماع عن رأيه (عليه السلام) ومـعه لا يمكن الاعتماد عليه وهذا ظاهر .

وقد استدلّ أيضاً على ذلك بالرواية المستفيضة « المؤمنون عند شروطهم » أو « المسلمون عند شروطهم »[1] وبما أنه شرط سقوط الخيار فيجب العمل عليه والالتزام به بمقتضى الرواية المستفيضة .

والظاهر أنّ الرواية لا دلالة لها على سقوط الخـيار بـاشتراط سـقوطه في ضمن العقد ، وهذا لا من جهة معارضتها بأدلّة الخيار لأنّها عـلى تـقدير تـماميتها ودلالتها على وجوب العمل بالشرط تتقدّم على أدلّة الخيار لحكومتها عـليها مـن حيث إنّها ناظرة إلى الأحكام الثابتة عـلى العـناوين الأوّليـة كـما ذكـره شـيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بل من جهة ما ذكرناه سابقاً من أنّ ظاهر الرواية وجوب العمل على الشرط تكليفاً نظير قوله المؤمن عند عدته بمعنى أنّ كونه عنده والتزامه به من لوازم الإيمان ، وهذا إنّما يتم في اشتراط الأعمال التي يتمكّن المكلّف من إتيانها

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

وتركها فيكون العمل بها من لوازم الايمان .

وأمّا في مثل المقام الذي يشترط فيه سقوط الخيار على نحو شرط النتيجة فهو أي سقوطه وعدمه لا يكون من لوازم الايمان ، إذ لا ربط له بالمكلّف ، لأنّ الخيار حكم شرعي إن أمضى الشارع شرط سقوطه فيسقط وإلّا فلا . وبالجملة أنه ليس عملاً للمكلّف ومرتبطاً به ليقال إنه من لوازم الإيمان ، لأنّ عدم سقوطه غير مرتبط به حتى يكتشف به عدم الايمان مثلاً . وكيف كان فهذه الرواية لا تشمل المقام ، هذا .

على أنّ الرواية على تقدير تماميتها في حدّ نفسها والغضّ عمّا ذكرناه لا تشمل اشتراط السقوط ، لأنّ هذا الشرط مخالف للسنّة . نعم ليس مخالفاً لمقتضى العقد لأنّ مقتضاه الملكية إمّا إلى الأبد وإمّا إلى زمان الفسخ ، واللزوم والجواز حكمان شرعيان وليسا من المنشآت في العقد حتى يكون من مقتضياته وإنّما المنشأ هو نفس الملكية فقط .

وبالجملة : أنّ سقوط الخيار والحكم باللزوم غير مخالف لمقتضى العقد كما هو ظاهر ، ولكنّه مخالف للسنّة ، وذلك لأنّ ما دلّ من السنّة على أنّ « البيّعان بالخيار » يقتضي باطلاقه ثبوت الخيار على كلا تقديري اشتراط السقوط وعدمه ، فيكون ذلك الاشتراط مخالفاً للسنّة وقد دلّت الروايات الواردة في الشروط على عدم لزوم العمل بها فيما إذا خالفت الكتاب والسنّة .

فالمتحصّل : أنّ اشتراط سقوط الخيار لا يشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم » .

وأمّا صحيحة مالك بن عطية قال « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جارية مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها ، فقال لها ابن العبد هل لك أن أُعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون

لك الخيار بعد ذلك على أبي إذا أنت ملكت نفسك ، قالت نعم ، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك ، قال (عليه السلام) : لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم »(١).

فهي وإن كانت صحيحة إلّا أنه لابدّ من تخصيصها بموردها أو من حملها على ما سيأتي توضيحه ، وذلك لأنّ مفاد الصحيحة سقوط خيار الأمة باشتراط السقوط قبل تحقّق المقتضي للخيار ، إذ الموجب لخيار الأمة هو الحرية والانعتاق وهذا إنّما يتحقّق بعد دفع مال المكاتبة ، والمفروض أنّ اشتراط السقوط إنّما هو قبل أداء مال المكاتبة وكيف يسقط الخيار الثابت بعد الحرية باشتراط السقوط قبل ثبوت مقتضيه ، وهذا نظير ما إذا اشترط في ضمن عقد الاجارة سقوط خيار المجلس في البيع الذي سيوجده بعد شهر وهذا ممّا لا يلتزم به الفقهاء ، فلابدّ من أن يقتصر على موردها فلا يجوز التعدّي منها إلى غيرها ، ومن الواضح أنّ مورد الكلام هو اشتراط سقوط الخيار في ضمن البيع المقتضي للخيار لا فيما قبل ثبوت المقتضي كما في المثال ، فلا يمكننا التعدّي منها إلى المقام .

نعم يمكن أن يقال : إنّ المراد بالخيار واشتراط نفيه في الرواية ليس هو الخيار المصطلح عند الفقهاء أعني ملك فسخ العقد وإمضائه حتى يستدلّ بها في المقام ، بل المراد منه هو الخيار بالمعنى اللغوي أعني الاختيار الذي هو بمعنى طلب الخير والأخذ بما فيه المصلحة ، وهو مصدر واسمه الخيار ، فمعنى اشتراط أن لا يكون لها الخيار أن يشترط عليها أن لا تأخذ بالفسخ ، ومعنى وجوبه عليها أنه يجب على الأمة أن لا تفسخ العقد ، ومن الظاهر أنّ عدم فسخها من الأفعال فهو من قبيل اشتراط الفعل لا من قبيل اشتراط النتيجة أعني سقوط الخيار ، وعليه فالرواية

---

(١) الوسائل ٢٣ : ١٥٥ / أبواب المكاتبة ب ١١ ح ١ .

أجنبية عن المقام والحكم فيها على القاعدة ، لما مرّ من أنّ الرواية المستفيضة إنّما تقتضي وجوب الوفاء بالشرط فيما إذا كان الشرط من الأفعال الداخلة تحت اختيار المكلّف حتى يصح أن يقال إنّ عمله من لوازم الإيمان .

فإلى هنا تحصّل أنّ الاستدلال بعموم « المؤمنون عند شروطهم » على سقوط الخيار باشتراط سقوطه ممّا لا يمكن المساعدة عليه .

والذي يمكن أن يقال في المقام : إنّ الخيار ممّا لا ينبغي الاشكال في سقوطه بالاسقاط بعد المعاملة ، لأنّا استفدنا أنّ جواز الفسخ حقّ وليس من الأحكام بواسطة الروايات التي منها قوله « فذلك رضاً منه »[١] والحكم والحق وإن كان كلاهما صادرين مجعولين من قبل الشارع لا محالة إلّا أنّ أحدهما ممّا يتمكّن المكلّف من رفعه ووضعه بجعل من الله دون الآخر .

وكيف كان ، فسقوط الخيار بالاسقاط بعد المعاملة ممّا لا كلام فيه ، وعليه فلا مانع من سقوطه بالاسقاط حين المعاملة أيضاً ، ولا يتوجّه عليه شيء من المحاذير إلّا ما عن بعض الشافعية[٢] من أنه إسقاط لما لم يجب ، وقد ذكرنا سابقاً أنّ إسقاط ما لم يجب ممّا لا مانع عنه ولم يرد بطلانه في آية ولا في رواية ، ولا محذور فيه إلّا من جهة التعليق المجمع على بطلانه حيث إنّ معنى الاسقاط حينئذ أنّي أسقطته لو تحقّق بعد ذلك ورفعت اليد عنه على تقدير ثبوته في الآتية ، والتعليق ممّا أجمع على بطلانه ولكن لا إجماع على بطلان التعليق في المقام بل الاجماع على خلافه ، وعليه فلا مانع من إسقاطه حين المعاملة وإن كان من قبيل إسقاط ما لم يجب ، هذا .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ .

(٢) المهذّب للشيرازي ١ : ٢٦٥ ، المجموع ٩ : ١٧٨ ـ ١٧٩ .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) ذكر أنّ اشتراط عدم الخيار على ثلاثة أقسام :

الأول : اشتراط عدم الخيار من الابتداء وهذا هو الذي تقدّم الكلام فيه وقلنا إنه لولا رجوعه إلى إسقاط الخيار في المعاملة الذي استفدنا من الأخبار جوازه من جهة كون الخيار حقّياً لأمكن المنع عنه لمخالفته السنّة أعني الروايات الدالّة على أنّ « البيّعان بالخيار » وإن لم يكن مخالفاً للعقد إلّا أنّا ذكرنا أنه يرجع إلى الاسقاط ولا مانع عنه ولو فيما قبل البيع ، لعدم قيام الاجماع على بطلان إسقاط ما لم يجب في المقام وقد مرّ تفصيله فراجع .

الثاني : اشتراط عدم الفسخ خارجاً بعد البيع والمعاملة ، ومعناه اشتراط أن لا تفسخه ، وهو يرجع إلى اشتراط الفعل فلا مانع عنه ، وبذلك يحرم عليه الفسخ ويكون العقد لازماً .

وربما يقال : إنّ لزوم العمل بالشرط إنّما هو من جهة وجوب الالتزام بالعقد الذي وقع الشرط في ضمنه ، فيكون اللزوم في الشرط متفرّعاً ومتوقّفاً على اللزوم في العقد ، إذ لا معنى لجواز العقد مع وجوب العمل بالشرط المذكور في ضمنه ، فإذا فرضنا أنّ العقد جائز لأجل الخيار ولا يجب الالتزام في نفس العقد والمعاملة فكيف يمكن أن يقال بوجوب الالتزام في الشرط ، وعليه فيكون الشرط كالعقد جائزاً فله أن يفسخ المعاملة فلا يكون البيع لازماً بذلك ، هذا .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأنّ الشروط الواقعة في ضمن العقود ممّا يجب الالتزام بها مطلقاً بمقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم » وغيره ، كان العقد جائزاً أو لازماً ، ومعنى كون الشرط جائزاً من جهة جواز العقد أنّ العقد فيما إذا كان

---

(١) المكاسب ٥ : ٥٥ ـ ٥٧ .

في حدّ نفسه جائزاً فللمكلّف أن يرفع موضوع ذلك الشرط الواجب وهو العقد وبرفع موضوعه يرتفع الشرط لا محالة لأنه أمر مربوط بالالتزام العقدي ، فإذا رفعنا اليد عن الالتزام في العقد فلا يبقى للعمل بالشرط مورد ومحل ، لا أنّ الشرط في ضمن العقد الجائز ممّا لا يجب العمل به ، فإذا وهب ماله واشترط في ضمنه خياطة ثوب أو عمل آخر فيجب على المشروط عليه خياطة الثوب أو ذلك العمل ، اللهمّ إلّا أن يرجع في الهبة ولا يستمر على ذلك الالتزام فحينئذ يرتفع موضوع ذلك الشرط فلا يبقى له محلّ ، ونظير ذلك حرمة التصرف في العوضين في العقود الجائزة فانّ التصرف في العوضين فيها محرّم ما دام العقد بحاله ، اللهمّ إلّا أن يفسخ العقد ويرفع موضوع الحكم بحرمة التصرفات ، إلّا أنّ ذلك في مثل اشتراط الخياطة ونحوها من الأفعال ، وأمّا إذا اشترط عدم الفسخ وترك رفع موضوع الشرط فلا يتمكّن من رفع الالتزام العقدي ولا يجوز له رفع اليد عن المعاملة حسب الشرط فيجب عليه الوفاء به ويكون العقد لازماً ، وفي مثله لا يتمكّن من رفع موضوعه لأنّ الشرط هو ترك ذلك وعدم فسخ العقد ، فلا إشكال في اشتراط عدم الفسخ من هذه الجهة .

نعم يبقى في المقام كلام وهو ما أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من أنّ هذا الاشتراط لا إشكال في أنه يوجب حرمة الفسخ تكليفاً فارتكابه يوجب الفسق لا محالة ، فهل هذا الاشتراط يوجب حرمة الفسخ وضعاً بحيث لو عصى وفسخ العقد لا ينفذ فسخه ، أو أنه لا يقتضي إلّا حرمته التكليفية دون الحرمة الوضعية ؟

احتمل شيخنا الأنصاري عدم نفوذ الفسخ بعد الاشتراط ، كما احتمل النفوذ

---

(١) المكاسب ٥ : ٥٦ ـ ٥٧ .

لعموم أدلّة الخيار ، ثم اختار الاحتمال الأول وتبعه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) في ذلك ، ولكنّهما اختلفا في الاستدلال على عدم نفوذ الفسخ ، وقد أفاد شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) في وجه ذلك ما ذكره في بحث النهي عن المعاملات[1] وملخّصه : أنّ النهي إن تعلّق بالسبب كالنهي عن البيع وقت النداء ، أو البيع في أثناء الصلاة لأنه كلام والتكلّم في أثناء الصلاة محرّم ، فهو لا يقتضي الفساد ولا يمنع عن صحة المسبّب ونفوذه كما هو ظاهر إذ لم يتعلّق به نهي ، وأمّا إذا تعلّق بالمسبّب كالنهي عن بيع الخمر فهو يقتضي الفساد ، لأنّ صحة المعاملات بالمعنى الأعم يتوقّف على القدرة عليها لا محالة ، والمفروض أنّ المكلّف غير قادر على البيع شرعاً والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ، فلا يصح البيع في المقام لعدم القدرة عليه شرعاً ، وبما أنّ عدم الفسخ واجب حسبما يقتضيه الاشتراط فيكون الفسخ حراماً ، والنهي عنه يقتضي فساده لعدم قدرته عليه شرعاً ، فلا يكون الفسخ بعد اشتراط عدمه نافذاً هذا .

وقد تعرّضنا لهذا الكلام في بحث النهي عن المعاملات[2] وغيره وذكرنا هناك أنّ النهي التكليفي عن شيء لا يلازم الفساد كما يظهر ذلك بملاحظة غير موارد المعاملات كالتطهير بماء مغصوب الذي يحرم استعماله والتصرف فيه ، أو الاستنجاء بالمحرّمات كالكتب الفقهية ونحوهما فإنّهما محرّمان ولكن يوجبان الطهارة لا محالة ، فلا ملازمة بين الحرمة التكليفية والحرمة الوضعية أبداً .

وأمّا النهي المتعلّق بالمسبّب فهو وإن كان يقتضي الفساد ونحن نلتزم بفساد بيع الخمر في المثال ، إلّا أنه لا من جهة أنّ النهي يقتضي الفساد ، بل من جهة أنّ النهي

---

(١) كما أشار إليه في هذه المسألة أيضاً ، راجع منية الطالب ٣ : ٤٧ .

(٢) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦) : ١٦٦ .

عن المعاملات ظاهر في الارشاد إلى الفساد بحيث لولا ما دلّ على حرمة بيع الخمر تكليفاً لما كنّا نلتزم بالحرمة التكليفية فيه بهذا النهي بل كنّا نحمله على الارشاد وتفصيل الكلام في ذلك موكول إلى محلّه.

وأمّا شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فقد استدلّ على عدم نفوذ الفسخ باطلاق ما دلّ على وجوب العمل بالشرط، لأنّ إطلاقه يشمل زمان بعد الفسخ أيضاً حيث إنه شرط عدمه وقلنا إنّ الالتزام بعدم الفسخ لازم فهو يشمل زمان بعد الفسخ فيقال له يجب عليك الالتزام بالعقد وهكذا إلى الأبد ومعناه عدم نفوذ الفسخ، وهذا نظير ما أفاده[1] في التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عند الاستدلال على لزوم البيع بناءً على أنّ المراد بالوفاء ترتيب آثار العقد خارجاً حيث ذكر أنّ عمومه يشمل زمان بعد الفسخ أيضاً فيقال له بعد فسخه بأنّك مأمور بترتيب الأثر على العقد، ولازمه عدم نفوذ فسخه، وقد ذكر نظير ذلك في المقام، هذا.

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) هناك وفي المقام مبني على إرادة وجوب ترتيب الأثر على العقد أو الشرط خارجاً بأن يقال إنّ التصرف في المال بعد شرط عدم الفسخ حرام لعموم قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم » فهو حرام بعد نقض الشرط وفسخ العقد، فإذا حكمنا بحرمة التصرف بعد فسخه فمعناه أنّ الفسخ لغو.

وأمّا إذا قلنا إنّ المراد بالوفاء هناك و « المؤمنون عند شروطهم » في المقام هو الانهاء والالتزام بالشرط، وأنّ الأمر فيهما ارشادي إلى اللزوم، فلا يبقى لما أفاده في المقامين وجه كما ذكرناه عند التكلّم في التمسك بأوفوا بالعقود على لزوم البيع

---

(١) المكاسب ٥ : ١٨.

فراجع[١] هذا .

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه من تمامية التمسك بالاطلاق في المقام على ما أفـاده شيخنا الأنصاري فيما إذا أُريد منهما وجوب ترتيب الأثر خارجاً إنّما يصح فيما إذا اشترط الخياطة أو غيرها من الأفعال في البيع ، وأمّا في مثل اشتراط عدم الفسخ فلا معنى للقول بأنّ الفسخ حرام ولو بعد الفسخ باطلاق « المؤمنون » الخ ، فيحرم عليك الفسخ بعد الفسخ لأنّ المشترط عليه إن فسخ العقد فقد ارتفع الموضوع والعقد فما معنى حرمة الفسخ بعده ، هذا فيما إذا كان فسخ المشترط عليه مؤثّراً .

وأمّا إذا قلنا بعدم نفوذه فالفسخ الثاني كالفسخ الأول لا يكون نافذاً ، فلا معنى للنهي عن الفسخ بعد الفسخ ، فلا يبقى في البين إلّا احتمال حرمة الفسخ فيما لو أنشأ الفسخ سابقاً بأن يقال إنّك إذا أنشأت الفسخ أي تلفّظت به (بلا تأثير وإرادة معناه) يحرم عليك الفسخ ثانياً ، ولكن إنشاء الفسخ مجرداً لم يكن محرّماً عليه لعدم اشتراطه عدم الانشاء ، وإنّما اشترط عدم الفسخ واقعاً ، فانشاؤه ليس نقضاً للشرط بوجه .

وكيف كان ، لا إشكال في أنّ متعلّق النهي لابدّ من أن يكون ميسوراً للمكلّف ، والفسخ بعد الفسخ ليس ميسوراً له فلا يشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم » كما هو ظاهر ، وعليه فلا دليل على عدم نفوذ فسخه فيما لو خالف شرط عدم الفسخ وفسخ العقد بخياره ، هذا .

ثم إنّ في اشتراط عدم الفسخ كلاماً آخر ، وهو أنه لا إشكال في صحة اشتراط عدم فسخ عقد آخر في ضمن معاملة كما إذا اشترط في ضمن البيع أن لا يفسخ عقد الهبة المجانية الصادرة منهما سابقاً ، وأمّا إذا اشترط عدم فسخ هذا العقد

---

(١) الصفحة ٢٤ .

الذي يريدان إنشاءه فالمعروف المشهور[١] أنّه صحيح ويجب على المشترط عليه ترك الفسخ خارجاً وإنّما اختلفوا في نفوذ فسخه فيما لو خالف الشرط وفسخ العقد أو لا ، وأمّا أصل صحّته فكأنّه ممّا لا كلام فيه عندهم ، إلّا أنّ لنا مناقشة في صحّة هذا الشرط ذكرناها في تعليقتنا على باب المضاربة من العروة[٢] وملخّصه : أنّ اشتراط عدم فسخ المعاملة التي يقصدانها غير صحيح ، ويظهر وجهه بالتأمّل في معنى الاشتراط في العقد فنقول : الشرط بمعنى الربط فربما لا يكون بين المعاملة والشرط ربط أصلاً وإنّما يتعاملان بمعاملة ومقارناً لهذه المعاملة والالتزام يلتزم أحدهما بشيء كالخياطة ونحوه من دون أن يكون بين هذه المعاملة وذاك الالتزام ربط أصلاً ، بل هناك أمران متقارنان البيع والوعد بالخياطة من دون أن يعلّق أحدهما على الآخر ، وهذه الصورة وإن كانت معقولة إلّا أنه ممّا لم يلتزم أحد من الأصحاب بوجوب العمل بالشرط فيها لأنه وعد ، فمن يرى وجوب العمل بالوعد فعليه أن يلتزم بذلك في المقام . وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في عدم وجوب مثل هذا الشرط .

وأُخرى يرتبط الشرط بالعقد والمعاملة ، وهذا على قسمين : فتارةً يكون أصل المعاملة والبيع مربوطاً بالشرط ومعلّقاً عليه بحيث لا معاملة ولا التزام منه بالبيع والانتقال قبل العمل بالشرط نظير الواجبات المشروطة قبل فعلية موضوعاتها كقوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[٣] فيما

(١) بل المشهور بطلان هذا الاشتراط كما نقله السيد في العروة في كتاب المضاربة في هذه المسألة فلاحظ [العروة الوثقى ٢ : ٤٢٩ المسألة ٢ [٣٣٩١] كتاب المضاربة] .

(٢) المصدر السابق .

(٣) آل عمران ٣ : ٩٧ .

إذا فرضنا عدم تحقّق المستطيع في الخارج ، فإنّ الوجوب لا يصير فعليّاً ويبقى على إنشائه ، فيكون أصل الالتزام بالمبادلة بين المالين وفعليته متوقّفاً على عمل المشروط عليه بالشرط ولولاه فلا يكون الالتزام البيعي فعليّاً . وهذه الصورة أيضاً معقولة ولكنّها باطلة إجماعاً ، لأنّ التعليق في العقود يوجب البطلان حتى فيما إذا كان المعلّق عليه متحقّقاً في الخارج لاشتراط التنجيز في صحتها .

وأُخرى أصل الالتزام بالمبادلة والبيع لا يتوقف على شيء وإنما يلتزم بالمبادلة من حال العقد بلا شرط ، ولكن التزامه بهذا الالتزام أي إنهاءه وعدم رجوعه عنه وإقامته عليه واستمراره مشروط ومعلّق على عمل المشروط عليه بالشرط بحيث لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط فهو لا يُنهي التزامه ولا يُقرّ نفسه عليه ويرجع عنه ، فهناك التزامان التزام بأصل المبادلة والتزام آخر بعدم رجوعه عمّا التزم به ، والأوّل منجّز فلا تعليق في العقد والثاني مشروط ومعلّق على حصول الشرط ، وهو معنى الاشتراط الموجب تخلّفه الخيار ، ولا معنى معقول للشرط غير ذلك ، لما عرفت من أنّ الصور ثلاثة ، والأُوليان منها باطلتان فتبقى الأخيرة .

فإذا عرفت معنى الاشتراط فنقول : إذا باع واشترط الخياطة على المشتري أو عملاً آخر ، فمعناه أنّك إذا لم تف بشرطك فأنا أرجع عن التزامي بالبيع ، وكذا فيما إذا شرط عدم فسخ عقد آخر فإنه إذا فسخ الهبة فهذا لا يلتزم بالبيع ، وهذا ظاهر صحيح .

وأمّا إذا اشترط عدم فسخ المشتري هذا العقد الصادر منهما ، فمرجعه إلى إنّك إذا لم تف بعهدك وشرطك وفسخت العقد فأنا لا ألتزم بالبيع والعقد ، وهذا ممّا لا معنى له ، لأنه إذا رجع وفسخ العقد فالعقد ينحل ويرتفع لا محالة سواء التزم البائع أم لم يلتزم ، فما معنى أنّ العقد إذا انحل بفسخك فأنا أفسخ العقد ، إذ العقد قد انفسخ

بفسخ المشترط عليه وهذا ظاهر ، ولذا ذكرنا أنّ اشتراط عدم الفسخ للمعاملة الصادرة منهما في ضمن تلك المعاملة أمر لا معنى له ولغو فيكون فاسداً ، وتبتني صحة المعاملة على أنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد أو غير مفسد ، ولا بأس بالمراجعة إلى العروة وما علّقناه عليها في المقام ، هذا كلّه في الصورة الثانية .

الصورة الثالثة : أن يشترط إسقاط الخيار وهو شرط إيجاد الفعل كما أنّ الصورة السابقة شرط ترك الفعل وعدم الفسخ ، والظاهر أنّ هذا الاشتراط ممّا لا مانع عنه بوجه ، فيجب على المشترط عليه إسقاط الخيار بعد المعاملة ، فلو تخلّف فللمشروط له فسخ المعاملة والرجوع عن التزامه ، لأنّ عدم إسقاطه الخيار يوجب تزلزل العقد ، والتزلزل ممّا يرغب عنه في حدّ نفسه ، فله أن لا يبقى على التزامه سواء قلنا بنفوذ فسخ المشترط عليه فيما لو تخلّف وأعمل خياره بالفسخ أم لم نقل ، لأنّ عدم نفوذ فسخه حكم شرعي لا ينافي تزلزل العقد بنظر العقلاء ، وهذا أمر مرغوب عنه عند العقلاء والمشروط له ، فيثبت له خيار تخلّف الشرط .

وأمّا أنّه إذا تخلّف وفسخ فهل ينفذ فسخه أو لا فيأتي فيه الوجهان المتقدّمان في الصورة الثانية ، وقد عرفت أنّ الظاهر نفوذ فسخه لعدم تمامية شيء من الوجهين المتقدّمين عن شيخنا الأنصاري وشيخنا الاُستاذ (قدّس سرّهما) .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ذكر استطراداً أنّ اشتراط عدم الفسخ أو عدم الخيار لجميع الصور المتقدّمة إنّما يؤثّر على المشهور فيما إذا ذكر في متن العقد وأمّا إذا ذكراه قبله فلا يؤثّر بوجه . وهذه المسألة وإن كان محلّها بحث الشروط إلّا أنّ شيخنا الأنصاري تعرّض لها تطفّلاً في المقام ، وما أفاده من أنّ صدق الشرط على الشروط الابتدائية غير ثابت هو الصحيح ، لأنّ الشرط يستلزم المشروط نظير

(١) المكاسب ٥ : ٥٧ .

غيره من المتضايفين ، ولا يعقل شرط بلا مشروط ، فالشروط الابتدائية خارجة عن الشرط قطعاً وإنّما هي وعد ، وعلى تقدير عدم القطع بخروجها عن الشرط فلا أقل من كونها مشكوكة الدخول فلا يمكن التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » لاثبات وجوب العمل على الشروط الابتدائية ، إمّا للقطع بأنّها ليست بشرط وإمّا لأجل الشك في صدق الشرط عليها ، فلا دليل على وجوب الالتزام بالشروط الابتدائية وهو ظاهر .

وقد فصّل شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) بين العوضين وشرائطها وبين سائر الشرائط الخارجية كاشتراط الخياطة مثلاً ، فإنّهما إذا تقاولا وتبانيا على بيع شيء بكذا ثمّ في مقام البيع لم يذكرا شيئاً من العوضين وإنّما اكتفيا على مجرد إنشاء البيع بقوله بعت وقبلت ، فلا ينبغي الاشكال في صحة مثله لأنّهما منويّان مقدّران فهما كالمذكورين وإن كانا محذوفين ، وكذا الحال في اشتراط الأوصاف الثابتة على العوضين بالارتكاز كاشتراط وصف الصحة فيهما واشتراط التسليم والتسلّم واشتراط مساواة قيمته للقيمة السوقية فإنّها ارتكازية وثابتة في المعاملات سواء ذكرت في ضمن العقد أم لم تذكر ، لقيام القرينة العامّة على ثبوتها واشتراطها وهي الارتكاز ، وأمّا سائر الشرائط الخارجية كاشتراط الخياطة ونحوها فلا ينفع ذكرها قبل العقد بوجه فيما إذا لم تذكر في ضمن العقد لعدم اشتراطها حسب الفرض ، وعدم قيام قرينة خارجية عليها ، ومن ذلك القبيل شرائط العوضين غير الثابتة بالارتكاز كاشتراط الكتابة في العبد أو كون سنّه كذا وغيرها ممّا لا يشترطونها بالارتكاز .

وبالجملة : أنّ الشروط الخارجية محلّ الكلام ، فقد وقع الكلام في أنه إذا ذكرا اشتراط السقوط قبل العقد فهل يسقط خياره بذلك أو يجب عليه إسقاطه أو لا ؟

---

(١) منية الطالب ٣ : ٤٨ .

ظاهر كلام الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[١] أنّ اشتراط عدم ثبوت الخيار قبل العقد صحيح وهو لازم العمل نظير الشروط الواقعة في ضمن العقد والمعاملة، وأمّا شيخنا الأنصاري[٢] فقد ذهب إلى عدم صحة هذا الاشتراط وأنه لا دليل على لزوم الشروط الابتدائية، وحاول أن يأوّل كلام الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) ويحمله على ما إذا ذكراه في ضمن العقد، بدعوى أنّ المراد باشتراط عدم ثبوت الخيار قبل العقد في كلامه هو اشتراط عدم ثبوته قبل تمامية العقد لا قبل الشروع في العقد وعليه فيكون من قبيل الشرط في ضمن العقد، وذكر أنّ هذا هو المناسب لكلام الشيخ من جهة أنّ بعض أصحاب الشافعي يخالف في صحة هذا الاشتراط في ضمن العقد قبل تمامه بتوهم أنه من إسقاط ما لم يجب، وكأنّ كلام الشيخ ناظر إلى دفع ذلك، وأنه إذا اشترط في ضمن العقد قبل تمامه لا مانع من شمول العمومات له وقال (قدّس سرّه) إنّ ملاحظة عنوان المسألة والتأمّل في كلمات الشيخ يورث القطع بإرادة ذكر الاشتراط في ضمن العقد قبل تمامه، هذا.

والظاهر أنّ كلام الشيخ ظاهر في إرادة الاشتراط قبل الشروع في العقد كما فهمه المتأخّرون من كلامه وفهمه العلّامة واستشكل عليه في المختلف[٣] على ما حكاه عنه شيخنا الأنصاري بأنّ الشرط إنّما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد. وكيف كان فلا يهمّنا فتوى الشيخ بالصحة أو بالفساد.

والذي ينبغي أن يقال: إنّ ذكر اشتراط عدم ثبوت الخيار أو غيره من الشرائط قبل العقد على قسمين: فتارة ينشئان المعاملة بعد هذا الاشتراط غافلين

---

(١) الخلاف ٣: ٢١ المسألة ٢٨ من كتاب البيوع.

(٢) المكاسب ٥: ٥٨.

(٣) المختلف ٥: ٦٣.

عن اشتراطهما لنسيان أو غير ذلك من الجهات بحيث لم يوقعا المعاملة على ذلك الاشتراط ، وأُخرى يتعاملان ويتعاقدان مبنياً على ذلك الاشتراط وإن لم يذكراه في ضمن العقد .

أمّا الصورة الأُولى : فالظاهر المعروف عدم لزوم الاشتراط وكونه قبل العقد كعدمه لا يترتّب عليه الأثر ، إذ المفروض خلوّ العقد عن الاشتراط كما أنّ المفروض أنّهما أنشئا الملكية على نحو الاطلاق من غير التزام بذلك الشرط فالملكية بحسب مقام الثبوت مطلقة ولم يذكر الاشتراط في مقام الاثبات أيضاً فبأيّ وجه يجب العمل على الشرط بعد ما عرفت من عدم صدق الشرط عليه قطعاً أو الشك في صدقه عليه ، خلافاً للسيد في حاشيته(١) حيث ذهب إلى لزوم الشرط في هذه الصورة أيضاً .

وأمّا الصورة الثانية : فالظاهر صحة الاشتراط ولزومه ، إذ المفروض أنّ الملكية مقيّدة بذلك الشرط بحسب الالتزام في النفس ، وهذا الالتزام في مقام الثبوت في ضمن إنشاء الملكية كافٍ في صحة الشرط ، لأنه ليس من قبيل البيع والاجارة وغيرهما من المعاملات أو العقود والايقاعات حتى يقال بتقوّمه بالالتزام النفساني وبالابراز في الخارج كما ذكرناه في البيع وقلنا إنّ مجرد الالتزام في النفس لا يصدق عليه البيع ولو مع العلم بأنّ البائع قد التزم بالبيع في نفسه ما لم يبرزه خارجاً بلفظ أو بفعل ، لأنّ الشرط لا دليل على اشتراط الابراز فيه ، وعليه فمجرّد الالتزام في النفس كافٍ في تحقّق الشرط ويشمله عموم « المؤمنون » وإن لم يذكراه في مقام الاثبات والعقد .

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٢ من مبحث الخيارات .

وما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] من أنّ القصود والدواعي غير معتبرة في العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ نفس العقود وإن لم تتحقّق بمجرد القصد والداعي بل لابدّ من إنشائها وإبرازها بلفظ أو بفعل ، إلّا أنّ الشروط يكفي فيها مجرد القصد والالتزام ، ولا دليل على لزوم إنشائها باللفظ أو بغيره .

ثم إنّ هذا كلّه فيما إذا لم يذكر الشرط في ضمن العقد على وجه التفصيل أو الاجمال ، أمّا التفصيل فظاهر ، وأمّا الاجمال فكما إذا تقاولا قبل العقد واشترطا شروطاً ككون العبد كاتباً وكون سنّه كذا مقدار وبقائه عند البائع شهراً ثم أنشأ المعاملة من غير ذكر هذه الشروط تفصيلاً بل بالاشارة إليها بقوله على ما ذكر فإنّ لفظ ما الذي هو من المبهمات يكفي في الاشارة إلى الشروط المذكورة ، وإلّا فلا إشكال في لزوم الشرط كما هو ظاهر .

بقي الكلام في الفرع الذي ذكره العلّامة (قدّس سرّه)

حكي عن العلّامة في التذكرة[٢] أنّ من جملة موارد عدم جواز اشتراط عدم الخيار في العقد ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه ، فإنّ اشتراط عدم الخيار حينئذ في المعاملة يفوّت المنذور الذي هو عتق العبد بعد بيعه ، إذ لو لم يكن له خيار فكيف يسترجعه إلى ملكه حتى يعتقه .

وقد استصوبه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وزاد عليه بأنّ الأقوى في الشرط أيضاً كونه كذلك بمعنى أنه إذا اشترى العبد بشرط أن يعتقه فإنّه لا يتمكّن

---

(١) منية الطالب ٣ : ٤٨ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٢٨٩ .

من بيعه بعد ذلك باشتراط عدم الخيار لأنه ينافي الوفاء بالشرط . وبالجملة أنّ عموم « المؤمنون » الخ إنما يأتي فيما إذا لم يكن في البين حكم شرعي ينافي سقوط الخيار هذا .

وفيما أفاداه مجال للمناقشة صغرى وكبرى ، أمّا بحسب الصغرى ، فلأنه يتمكّن من عتقه بعد البيع بشرط عدم الخيار باشترائه من المشتري أو باستيهابه منه ، أو لأجل الانتقال من المشتري إلى البائع لأنه مورّثه ومشرف على الموت وهكذا ، نعم لابدّ من أن يعلم بتمكّنه من استرجاعه إلى ملكه أو يطمئن بذلك وإلّا فيدخل تحت تفويت القدرة . وأمّا بحسب الكبرى فلما ذكرناه سابقاً من أنّ الحكم التكليفي الشرعي لا ينافي الحكم الوضعي ، ووجوب الاعتاق لا ينافي صحة اشتراط عدم الخيار في بيع منذور العتق وسقوط الخيار بهذا الاشتراط ، غاية الأمر أنه يحنث بنذره فتجب عليه الكفّارة ويعاقب بهذا الفعل الحرام ، وأمّا عدم صحة الاشتراط فلا .

وتظهر الثمرة فيما إذا باعه بشرط عدم الخيار غافلاً عن نذره وناسياً لوجوب عتقه ، فانه لا يعاقب بشيء حينئذ لجهله بالحرام مع صحة الاشتراط وسقوط خياره بذلك ، وقد ذكرنا سابقاً[١] أنّ الحكم الشرعي التكليفي لا ينافي صحة التصرفات وضعاً ، وذلك في الجواب عمّا ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) من أن النهي عن المسبّب يوجب سلب القدرة الشرعية عليه فراجع .

المسقط الثاني : الإسقاط بعد العقد

المسقط الثاني لخيار المجلس إسقاط هذا الخيار بعد العقد ، وقد استدلّ شيخنا

(١) في الصفحة ٩٩.

الأنصاري (قدّس سرّه)(١) على سقوطه بالاسقاط بوجوه أربعة :

الوجه الأول : الاجماع على أنّ الاسقاط بعد العقد مسقط .

ولكن أمثال هذه الاجماعات ممّا لا يمكن الاعتماد عليها ، لأنّهم وإن اتّفقوا على سقوطه بالاسقاط إلّا أنه من جهة الاستناد إلى الأدلة الأُخرى الموجودة في البين ، ومع ذلك لا يكشف الاتّفاق عن رأي المعصوم (عليه السلام) فلا يصح الاعتماد عليه .

الثاني : الأولوية المستفادة ممّا ورد من أنّ « الناس مسلّطون على أموالهم »(٢) حيث إنّ الحق أضعف من المال فإذا كان الإنسان مسلّطاً على أمواله فهو مسلّط على حقوقه بطريق أولى ، وحيث إنّ السلطنة على الحق غير القابل للانتقال لا معنى لها غير التصرف فيها باسقاطها فيستكشف منه أنّ المراد بالسلطنة على الحقوق هو التصرف فيها ولو باسقاطها ، بل الحق بنفسه يقتضي السقوط بالاسقاط كما ستأتي الاشارة إليه ، هذا .

وفيه : أنه إن دلّ دليل في الخارج على أنّ الخيار من الحقوق فيمكن أن يقال إنّ الحق قابل للاسقاط لأنه معنى الحق كما ذكرناه في أوائل البيع وقلنا إنّ الحكم والحق متّحدان بحسب الحقيقة إلّا أنّ الحق متمايز عن الحكم بأنّ اختيار إبقائه ورفعه موكول إلى المكلّفين ، فالحق ممّا يتمكّن المكلّف من إسقاطه ، إلّا أنّ هذا الدليل كافٍ في إثبات سقوط الخيار بالاسقاط بلا حاجة إلى التمسك بحديث سلطنة الناس على أموالهم .

وإن لم يقم دليل على أنّ الخيار من الحقوق وشككنا في أنه حق قابل

---

(١) المكاسب ٥ : ٦٠ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

للاسقاط أو أنه من الأحكام غير القابلة للاسقاط والانتقال إلى الورثة ، فلا يمكننا التمسك بحديث السلطنة على المال ولو مع التعدّي منه إلى الحقوق بالأولوية ، لأجل الشك في أنّ الحكم الثابت في المقام من الحقوق أو الأحكام ، ومع الشك في الموضوع لا معنى للتمسك بالعموم ، بل قد ذكرنا أنّ الأصل عند الشك في كون حكم من الحقوق أو من الأحكام هو كونه من الأحكام تمسكاً باطلاق الدليل الشامل إلى زمان إسقاطه .

الوجه الثالث : عموم « المؤمنون عند شروطهم »[1] بناءً على أنّ الشرط شامل للالتزامات الابتدائية أيضاً ، فإنّ إسقاط الخيار التزام بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية ، هذا .

وقد عرفت سابقاً أنّ الشرط لا يشمل الالتزامات الابتدائية قطعاً ولا أقل من الشك في شموله لها ، هذا . مضافاً إلى أنّا لو قلنا بالشمول أيضاً فهو إنّما يتم فيما إذا كان الشرط من الأُمور الاختيارية للمكلّف بحيث يتمكّن من أن يأتي به ويفي بشرطه وأن يتركه ، وأمّا إذا كان الشرط أمراً خارجاً عن تحت قدرة المكلّف فلا معنى لوجوب الوفاء بما لا يرجع أمره إليه ، وعليه فنقول ربما يشترط في المقام على نحو الشرط الابتدائي أن لا يفسخ العقد أو من باب الوعد بترك إعمال الخيار ، وهذا لا مانع من أن يتمسك في إثبات وجوبه بدليل « المؤمنون عند شروطهم » بناءً على شمول الشرط للالتزامات الابتدائية . وأُخرى يعد أو يشترط على نحو الشرط الابتدائي أن لا يكون له خيار ، وهذا كما ترى أمر خارج عن تحت قدرته واختياره ، لأنّ ثبوت الخيار وعدمه أمر راجع إلى الشارع لا إلى المشترط عليه فحينئذ لا معنى للتمسك بدليل « المؤمنون عند شروطهم » على إثبات وجوبه .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

وكيف كان فهذه الوجوه لا دلالة لها على سقوط الخيار بالاسقاط .

الوجه الرابع : الذي هو الصحيح في المقام : هو ما أفاده من أنّا استفدنا من الأخبار الواردة في خياري المجلس والحيوان أنّ الخيار حق لذي الخيار حيث ورد في خيار المجلس أنّهما إذا افترقا فلا خيار لهما بعد الافتراق لأنه علامة الرضا(١) وكذا ورد في خيار الحيوان أنه إذا تصرف في الحيوان فلا خيار له لأنه دليل الرضا حيث قال « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً ... فذلك رضاً منه »(٢). وكيف كان فقد استفيد أنّ الخيار من الحقوق وممّا يسقط بالرضا بسقوطه ، وهذا الوجه هو المتّبع .

ثم إنه يترتّب على ذلك أُمور :

الأول : أنه لا يشترط في سقوط الخيار لفظ خاص وصيغة مخصوصة بل يسقط بكل شيء كاشف عن الرضا الباطني ، وذلك لدلالة الأخبار المتقدّمة على أنّ المسقط للخيار هو الرضا الباطني المستكشف بشيء من الاشارة أو اللفظ أو الفعل أو غيرها .

الثاني : أنّ شبه الفضولي يجري في المقام فانه إذا أسقط أحد خيار أحد المتبايعين فضولة ثم أمضاه ذو الخيار ورضي به ، فإنّ هذا الامضاء والرضا بنفسه يسقط الخيار .

الأمر الثالث : ما ورد في بعض الروايات(٣) وذهب إليه الأكثر من أنّ أحد المتبايعين إذا قال لصاحبه اختر ، يسقط خياره بذلك ويبقى المخاطب بحاله ، فإن

---

(١) ورد بهذا المضمون في الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب ١ ح ٣ وغيره .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ .

(٣) المستدرك ١٣ : ٢٩٩ / أبواب الخيار ب ٢ ح ٣ .

فسخ ينفسخ العقد لا محالة ، وإن أسقط خياره يسقط وإلّا فهو على خيار ، وقد وقع الكلام في أنّ قول اخترِ هل هو مسقط تعبّدي أو أنه من جهة كشفه عن رضا القائل وتفويضه الخيار إلى المخاطب .

وتوضيح ذلك : أنّ القائل بكلمة اختر تارةً يريد تمليك خياره للمخاطب وجعل الأمر إليه ، وبعد ذلك فلا يبقى للقائل خيار فيكون البيع لازماً من قبله ، وأمّا المخاطب فهو على خيار ويتمكّن من الفسخ والاسقاط ، وهذا الأمر ربما يتّفق خارجاً فترى أنّ أحداً أعطى لباساً لشخص وقال البسه فانّه كناية عن تمليك الثوب إيّاه .

واُخرى يريد بهذا الكلام تفويض الأمر إلى المخاطب وتوكيله من قبله في إسقاط الخيار أو الفسخ ، وحينئذ فالقائل بعدُ على خياره قبل إسقاط المخاطب لأنه لم يعزل نفسه عن الخيار وإنما وكّل المخاطب في إعماله .

وثالثة يريد القائل بكلمة اختر استكشاف حال المخاطب ليرى أنه يختار الفسخ أو يمضي العقد حتى يتروّى في حال نفسه ويرى أنّ فسخه أو إمضاءه صلاح أو لا مصلحة فيه ، فقد ذهب بعضهم إلى أنّ قول اختر يسقط الخيار مطلقاً ، وقال آخر إنه إنما يدلّ على تفويض أمر الخيار إلى المخاطب ولا يقتضي سقوط خيار القائل .

والصحيح ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من أنّ مادّة كلمة اختر وهيئتها لا يقتضيان شيئاً من الاسقاط أو التفويض أو الاستكشاف ، فإن قامت قرينة على أنّ المراد بتلك الكلمة أحد الاُمور المتقدّمة فهو وإلّا فلا دليل على سقوط خيار القائل بها بوجه ، ولا يحتمل أن يكون كلمة اختر من المسقطات في عرض

(١) المكاسب ٥ : ٦٤ .

الاسقاط والافتراق. وأمّا الرواية الدالّة على أنّ قول اختر من المسقطات فلم تثبت صحتها ولا يمكن الاعتماد عليها.

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ الخيار إذا ثبت لمتعدّد فاسقاط أحدهما خياره بامضاء العقد لا يوجب سقوط خيار الآخر بل هو على خياره إن شاء فسخ وإن شاء أمضى، وهذا فيما إذا كان الخيار ثابتاً للمتبايعين واضح، فإنّ البائع إذ أمضى العقد وأسقط خياره فلا موجب لسقوط خيار المشتري بذلك، ولذا قلنا في أوائل بحث الخيار[٢] إنه ملك فسخ العقد وإمضائه من قبله لا من قبل شخص آخر، وهذا ظاهر.

وأمّا إذا ثبت الخيار لمتعدّد من طرف واحد كما إذا ثبت للمالك والوكيل في طرف البائع أو انتقل الخيار إلى الورثة المتعدّدين وفسخ بعضهم وأمضاه بعض آخر، فقد ذكر شيخنا الأنصاري أنّ الفسخ والامضاء يتعارضان حينئذ ولا موجب لتقديم أحدهما على الآخر لأنه بلا مرجّح، ودليل الخيار لا يشملهما معاً لعدم إمكان الجمع بينهما فيتساقطان ونفرضهما كأن لم يكونا، ثم نقل عن العلّامة (قدّس سرّه)[٣] تقديم الفسخ على الامضاء في الصورة المتقدّمة، وذكر أنّ تقديم العلّامة (قدّس سرّه) الفسخ لم يظهر له وجه تام، هذا.

وتحقيق الكلام أن يقال: إنّ الخيار إمّا أن نقول بثبوته للطبيعي كطبيعي الوارث أو طبيعي البائع بحيث لا خصوصية لشيء من الأفراد، وثبوته لها من جهة أنّها فرد للطبيعي كما هو أحد الاحتمالات في الخيار المنتقل إلى الورثة بحيث إذا أعمل

---

(١) المكاسب ٥: ٦٥.

(٢) في الصفحة ١٠.

(٣) التذكرة ١١: ٣٢.

أحدهم الخيار بالفسخ أو الامضاء لصدر ممّن له حق الخيار لأنه فرد من الطـبيعي الثابت له الخيار ، فهناك خيار واحد ثبت للطبيعي فمن سبق باعماله من الأفراد فقد أعمل الخيار الثابت للطبيعي وذلك واضح .

وإمّا أن نقول بثبوت الخيار للأفراد ، وهذا على قسمين : لأنّ الخيار الثابت لبعض الأفراد ربما يكون متفرّعاً على ثبوته لفرد آخـر وبمـا أنـه ثـبت له يـثبت للآخرين أيضاً . وبعبارة أُخرى : يكون بعض الأفراد في طول الفرد الآخر ، وهذا كما في ثبوت الخيار لوكيل من له الخيار في إعمال الخيار ، فإنّ الخيار إنّما ثبت للوكيل في إعمال الخيار من جهة ثبوته لمن له الخيار أعني الموكّل ، فخيار الوكيل متفرّع على ثبوته للموكّل وفي طوله ، أو كان خيار فردين متفرّعاً على خيار شخص ثالث وهذا كما في الوكيلين في إعمال الخيار فإنّ الخيار الثابت لهما متفرّع على ثبوته للموكّل وفي طول ثبوت الخيار له بحيث لو أعمل الموكّل الخيار بالفسخ أو الامضاء لما بقي لاعمال الآخر مجال ، وكذلك فيما لو أعمل الوكيل لأنّ فعله فعل الموكّل كما سيأتي .

وأُخرى يكون الخيار الثابت لكل واحد من المتعدّد في عرض الخيار الثابت للآخر بحيث لو أسقط أحدهما الخيار فلا يوجب سـقوط الخـيار الثـابت للآخـر هذه صور المسألة .

فأمّا الصورة الأُولى : وهي ما إذا قلنا بثبوت الخيار للطبيعي ، فلا يـنبغي الاشكال في أنّ كل من سبق من الورثة أو الموكّل والوكيل في البيع باعمال الخـيار بفسخ العقد أو بامضائه فقد أعمل الخيار الثابت للطبيعي فصدر من أهله ووقع في محلّه ، وهو لا يبقي خياراً للآخرين ، لأنّ الطبيعي قد أسقط خياره وأعمله ، هذا فيما إذا سبق أحدهم باعمال الخيار ، وأمّا إذا تقارنا كما إذا فسخ أحدهما وأمضى الآخر في زمان واحد ، فحينئذ لا محيص من تعارضهما ولا وجـه لتـقدّم أحـدهما عـلى الآخر ، لأنّ ذلك نظير الشخص الواحد الذي أعمل خياره في زمان واحد بفسخ

العقد وإمضائه ، لأنّ كل فرد من الأفراد ممّن يصدق عليه الطبيعي وفعله فعله فكأن الطبيعي باحدى يديه فسخ العقد وبيده الأُخرى أمضاه فيقع التعارض بينهما نظير من اشترى عبداً بجارية ثم أعتقهما بانشاء واحد فانه بهذا الفعل الواحد أسقط خياره بفسخ العقد حيث تصرف في الجارية وأعتقها وأسقطه بامضائه حيث تصرف في العبد وأعتقه ، فهو فسخ وإمضاء متعارضان ، وبما أنّ تقدّم أحدهما على الآخر بلا مرجّح ، وشمول الأدلّة الدالّة على الخيار لهما غير ممكن لاستحالة الجمع بينهما ، فيتساقطان ونفرضهما كأن لم يكونا ، فلو أراد العلّامة (قدّس سرّه) تقديم الفسخ في هذه الصورة على الاجازة والامضاء فهو ممّا لا وجه له . وما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنه لم يظهر له وجهه محمول على الأدب وإلّا فلا وجه له كما عرفت .

وأمّا الصورة الثانية : وهي ما إذا قلنا بثبوت الخيار للأفراد وكان ثبوته لبعضها متفرّعاً على ثبوته للآخر وفي طول ثبوته له ، كالوكيل حيث إنّ خياره من جهة أنّ الموكّل له الخيار أو الوكيلين اللذين خيارهما في طول خيار الموكّل ، فهي أيضاً كالصورة الأُولى ، فإذا سبق أحدهما باعمال الخيار بفسخ العقد أو بامضائه فلا يبقى مجال لخيار الآخر ، لأنّ الموكّل إذا أسقط خياره فلا يتمكّن الوكيل من إعماله بعد ذلك لانتفاء موضوع الوكالة ، وكذا فيما إذا أسقطه الوكيل لأنّ فعله فعل الموكّل . وبعبارة أُخرى الخيار واحد فإذا سقط فلا يبقى موضوع للفسخ أو الامضاء ، هذا فيما إذا تقدّم أحدهما على الآخر .

وأمّا إذا تقارنا كما إذا فسخ العقد أحدهما وأجازه الآخر في ذلك الزمان ، فهو كما في الصورة السابقة متعارضان ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر ، فلابدّ من فرضهما كأن لم يكونا لأنه نظير الفسخ والامضاء الصادرين من شخص واحد .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا ثبت الخيار للمتعدّد وكان خيار كل واحد منهم في عرض الخيار الثابت للآخر ، وفي مثله إذا سبق أحدهما بفسخ العقد فقد سقط خيار الآخر أيضاً ، لارتفاع العقد بفسخ الأول ، فلا يبقى للخيار بعد فسخ العقد مجال ، وأمّا إذا سبق بامضاء العقد فخيار الآخر باقٍ ويتمكّن من فسخه وإمضائه بعد ذلك ، لأنّ السابق إنّما أسقط خياره وهو أمر غير مربوط بخيار الآخر فله أن يفسخ العقد بعد ذلك أو يمضيه .

ومن ذلك يظهر الحال فيما إذا تقارنا كما إذا فسخ أحدهما في حال إجازة الآخر ، فإنّ الفسخ يتقدّم على الامضاء لأنه يتقدّم عليه فيما إذا تأخّر عن الامضاء كما ذكرناه فضلاً عمّا إذا تقارنا ، لما أشرنا إليه من أنّ أحدهما إذا أجاز العقد وأمضاه فهو لا يوجب سقوط خيار الآخر ويتمكّن الآخر من فسخ العقد بعد ذلك وإمضائه . وبالجملة : أنّ الفسخ يتقدّم على الامضاء فيما إذا تأخّر عنه فضلاً عمّا إذا تقارنا ، وتقدّم الفسخ على الامضاء إنّما هو في هذه الصورة ، ومراد الفقهاء من تقديم الفاسخ على المجيز إنما هو هذه الصورة دون الصور المتقدّمة .

ومن ذلك يظهر أنّ كلام العلّامة في هذه الصورة صحيح ، وعليه فيفصّل فيما أفاده العلّامة بين ما إذا كان الفسخ مؤثّراً فيما إذا تأخّر عن الامضاء فهو متقدّم في صورة تقارنهما أيضاً ، وبين ما إذا لم يكن الفسخ عند تأخّره مؤثّراً فلا يتقدّم عند المقارنة . ومن هذه الموارد أي من الموارد التي يؤثّر الفسخ فيها فيما إذا تأخّر عن الامضاء ثبوت الخيار للموكّل والوكيل في البيع دون الوكيل في إعمال الخيار لصدق البيّع عليهما ، وبه قلنا بثبوت الخيار لكل واحد منهما ، وعليه إذا أسقط الموكّل خياره بامضاء العقد فخيار الوكيل بحاله وله أن يفسخ المعاملة بعد ذلك ، وكذا الحال فيما إذا تقارنا فإنّ الفسخ يتقدّم على الامضاء ويوجب ارتفاع العقد لا محالة .

المسقط الثالث : إفتراق المتبايعين

ومن جملة المسقطات افتراق المتبايعين وزوال الهيئة الاجتماعية في حال المعاملة ، والكلام في ذلك يقع تارةً في أنّ الافتراق الموجب لسقوط الخيار هل يوجب السقوط من أجل كونه كاشفاً عن الرضا نوعاً أو شخصاً ، فهو طريق وكاشف فعلي عن الرضا ، أو أنّ له موضوعية في إسقاط الخيار من دون أن يكون كاشفاً عن الرضا ؟ وتحقيق الكلام في ذلك يأتي في البحث الآتي من أنّ الافتراق عن إكراه هل يوجب سقوط الخيار أو لا ، ويتكلّم هناك في أنّ الافتراق هل له موضوعية في إسقاط الخيار أو أنه طريق وكاشف عن الرضا .

وأُخرى يقع الكلام في معنى الافتراق الموجب لسقوط الخيار ، وهذا هو المقصود بالبحث في المقام فنقول : إنّ الأقوال في المسألة ثلاثة على ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

الأول : أنّ المعتبر في الافتراق الموجب لسقوط الخيار هو حصول الافتراق ولو بأدنى مراتبه كالتفرّق بشعرة أو بشبر ونحوهما لصدق التفرّق عليه عقلاً ، وهو موضوع الحكم بسقوط الخيار . وهذا هو الذي اختاره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وذكر أنّ المتبايعين إذا كانا جالسين في سفينتين وفرضناهما سائرتين فحصل الافتراق بينهما بأدنى مراتبه فهو يوجب سقوط الخيار .

الثاني : ما ذهب إليه بعضهم تبعاً لتمثيل كثير من الأصحاب من أنّ الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون بمقدار خطوة ، فالافتراق بمقدار أقل لا يوجب سقوط الخيار . وهذا القول لم يعرف له دليل ، إذ لم يرد تحديد الافتراق بمقدار الخطوة في شيء من الأخبار ، ومعه لا يمكن الالتزام به لوضوح أنه كالتحديد في السفر الموجب

---

(١) المكاسب ٥ : ٦٦ فما بعدها .

للقصر بأربعة فراسخ ذاهباً وجائياً ، والتحديد في الكر والتحديد في الزكاة أعني مقدار النصاب يتوقف على دليل لا محالة وهو مفقود في المقام .

الثالث : ما ذكره بعضهم من أنّ الافتراق إنما يوجب سقوط الخيار فيما إذا صدق عليه الافتراق عرفاً ، وهو إنّما يتحقّق فيما إذا تفرّق عن الآخر بقصد الاعراض عن المجلس ، وأمّا مجرد الافتراق ولو بقصد أمر آخر بخطوة أو أكثر فضلاً عن الافتراق بمقدار شبر أو شعرة فلا يصدق عليه الافتراق عرفاً .

وهذا الوجه هو الصحيح ، وذلك لأنّ المراد بالافتراق في الروايات ليس هو الافتراق في مقابل الاتّصال ، لأنّ المتبايعين لا يكونان متّصلين متلاصقين حال المعاملة بحسب العادة والغالب ، إذ لا أقل من أن يكون بينهما فاصل بمقدار شبر أو أكثر ، فالافتراق الدقّي العقلي حاصل من الابتداء ولا معنى للافتراق بعد ذلك لأنّه من تحصيل الحاصل المحال[1] بل المراد بالتفرّق افتراق أحدهما عن مكان المعاملة عرفاً ، لما عرفت من أنّ الافتراق العقلي حاصل بنفسه والافتراق عرفاً إنما يصدق فيما إذا تفرّق أحدهما عن الآخر بقصد الاعراض عن المجلس ، وأمّا الافتراق بخطوة أو بشبر بل بخطوتين أو أكثر فهو وإن كان افتراقاً حقيقة إلّا أنّ العرف لا يراه

(١) ولا يخفى أنّ عدم إمكان إرادة الافتراق العقلي لا يقتضي إرادة الافتراق العرفي لعدم انحصار الأمر بهما ، لصحة إرادة الافتراق العقلي عمّا بينهما من البعد حال المعاملة ، فإذا فرضنا بُعدهما حال المعاملة بشبر فالافتراق عن هذا المقدار ولو بابرة يوجب سقوط الخيار ومع هذا لا تصل النوبة إلى إرادة المعنى العرفي هذا ، مضافاً إلى أنه (دام ظلّه) إنّما اعتبر الافتراق عن مكان المعاملة والافتراق عن مكانها عقلاً أمر ممكن ، ومعه لا وجه لحمله على المعنى العرفي مع وضوح أنّ تطبيق المفاهيم على مصاديقها بيد العقل ، ولا مجال للنظر العرفي في التطبيقات بعد وضوح مفهوم الافتراق .

افتراقاً ، فلذا لو قام أحدهما عن مجلس البيع لأجل شرب الماء ونحوه فلا يصدق عليه الافتراق عرفاً ، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الافتراق العقلي يكفي في سقوط الخيار ولو كان بمقدار إبرة فهو وإن كان متيناً إلّا أنّه إنما يتم فيما إذا أُريد بالافتراق الافتراق عقلاً ودقّة ، وقد عرفت أنّ المراد منه هو الافتراق العرفي ، ولا معنى لارادة الافتراق العقلي لأنه من قبيل تحصيل الحاصل المحال ، فعليه فالخيار إنّما يسقط فيما إذا حصل الافتراق بينهما عرفاً .

إلّا أنه ورد في المقام رواية وقد دلّت على أنّ التفرقة خطىً توجب سقوط الخيار ، وهي ما عن أبي جعفر (عليه السلام) من أنه (عليه السلام) قال : فلمّا استوجبتها قمت فمشيت خطاً ليجب البيع[1] ومنها يظهر أنّ التفرقة بمقدار خطىً كافية في سقوط الخيار ، ولولا هذه الرواية لما قلنا بكفاية الخطى في سقوط الخيار ما لم يصدق عليه الافتراق بحسب النظر العرفي وذلك ظاهر .

ثمّ إنّ الافتراق سواء كان أمراً وجودياً أو أمراً عدمياً تارةً يحصل بافتراق كل واحد من المتبايعين عن الآخر كما إذا افترق كل واحد منهما عن الآخر ومشى إلى طرف ، وأُخرى يحصل الافتراق بينهما بفعل أحدهما كما إذا كان أحدهما جالساً والآخر تباعد عنه ومشى ، وفي هذه الصورة أيضاً تارة يكون سكون الجالس مع الالتفات إلى مشي الآخر وتحركه ، وأُخرى يكون بلا التفاته ولا إرادته ، وكيف كان فالافتراق أمر إذا اتّصف به أحدهما فلا محالة يتّصف به الآخر ، فإذا صدق أنّ زيداً افترق عن عمرو فيصدق أنّ عمراً أيضاً افترق عن زيد نظير الاتّصال والانفصال والقرب والبعد ، فلا يعقل أن يتّصف بها أحدهما دون الآخر ، فلا معنى لأن يقال إنّ زيداً متّصل بعمرو ولكنّ عمراً غير متّصل بزيد ، أو أنه متفرّق عن رفيقه وهو غير

---

(١) الوسائل ١٨ : ٨ / أبواب الخيار ب ٢ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

متفرّق عن زيد .

نعم ، تارة يكون اتّصاف أحدهما بهذه الصفة اختيارياً له كما إذا كان ملتفتاً إلى مشي الآخر ولم يمش معه ، وأُخرى يتّصف بها بلا إرادته ولا اختياره كما إذا كان غافلاً عن حركة الآخر وغير ملتفت إليها ، أو كان مكرهاً على عدم الحركة كما إذا أوعده بالقتل على تقدير حركته ، وعلى أي حال يتّصف بالافتراق فلا معنى لاتّصاف أحدهما بالافتراق دون الآخر .

فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من أنّ ذات الافتراق من المتحرّك واتّصافها بكونها افتراقاً من الساكن ، ممّا لم نفهم له معنى محصّلاً ، لما عرفت من أنّ الافتراق نظير غيره من الاتّصال والاقتران نسبته إليهما على حدّ سواء ، فكما أنّ المتحرك أوجد الافتراق بحركته واتّصف به فكذلك الجالس بسكونه قد أوجد الافتراق فاتّصف به ، فما معنى أنّ ذات الافتراق من أحدهما ووصف الافتراق من الساكن . نعم هناك كلام في أنه إذا تحرك أحدهما وتفرّق عن الآخر بلا التفات الساكن وإرادته هل يسقط خيارهما معاً ، أو يسقط خيار المتحرك لتفرّقه باختياره ولا يسقط خيار الساكن لعدم اختياره ، أو أنّه لا يسقط شيء من الخيارين ؟ وربما يقال إنّ خيار الساكن لا وجه لسقوطه لعدم اختياره من جهة أنّ أحدهما إذا أُكره على التفرّق وترك التخاير لا يسقط خياره ، إلّا أنّه أمر آخر لا ربط له باتّصاف المتبايعين بالافتراق .

الافتراق عن إكراه

لا إشكال في سقوط الخيار فيما إذا تفرّق المتبايعان عن إرادة واختيار مع

---

(١) المكاسب ٥ : ٦٧.

التمكّن من الفسخ ، كما أنه لا ينبغي الاشكال في سقوطه فيما إذا أُكره على التفرّق مع التمكّن من الفسخ ، لأنه مع التمكّن من الفسخ إذا تفرّق ولو على نحو الاكراه فقد أسقط الخيار بارادته واختياره ، وكذا الحال فيما إذا أُكره على عدم الفسخ إلّا أنه كان متمكّناً من البقاء في المجلس وعدم التفرّق ، فإنّه إذا تفرّق فقد أسقط خياره باختياره وإرادته ، وهذه الصور الثلاث ممّا لا كلام فيها .

وأمّا إذا أُكره على كل من التفرّق وترك الفسخ ، فالمشهور أنه لا يوجب سقوط الخيار بل ادّعي عليه الاجماع ، والكلام في مدرك ذلك فنقول : الذي يستفاد من مجموع كلام شيخنا الأنصاري[1] في وجه عدم سقوط الخيار اُمور :

منها : الاجماع المنقول الذي اعتمد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بقوله : فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهرة المحقّقة الجابرة للاجماع المحكي الخ .

ويدفعه : أنّ الاجماع المنقول ليس بحجّة في حدّ نفسه ، كما أنّ الشهرة الفتوائية لا دليل على اعتبارها ، وضمّ غير حجّة إلى مثله لا يفيد شيئاً ، فلا يمكن الاعتماد على أمثال ذلك من الضعاف .

ومنها : التبادر والانصراف ، حيث إنّ المتبادر من الأفعال كأكل وضرب وغيرهما أنّها صدرت بالارادة والاختيار ، وعليه فالمتبادر من قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا ، وإذا افترقا وجب البيع »[2] أنّهما إذا افترقا بالارادة والاختيار وجب البيع ، لا فيما إذا افترقا بلا اختيار ، فيكون الخيار باقياً بحاله فيما إذا حصل التفرّق عن إكراه وبلا اختيار .

وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ هذا التبادر إنّما هو في

---

(١) المكاسب ٥ : ٦٩ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ .

الاختيار في مقابل الاضطرار لا في الاختيار في مقابل الاكراه ، مثلاً يمكن أن يقال إنّ المتبادر في مثل يقوم ويجلس أنّ الفاعل يقوم بنفسه واختياره ، وأمّا إذا كان قيامه اضطرارياً كما إذا أقامه غيره فلا يصدق عليه يقوم لانصرافه إلى القيام بنفسه لا القيام باقامة الغير إيّاه ، وأمّا إذا قام بنفسه وإرادته ولكن لا من جهة رضاه بل بداعي الخوف من قتل الجائر إيّاه حيث أوعده بالقتل على تقدير عدم القيام فلا وجه لدعوى انصراف قام عن مثله ، إذ المفروض أنه صدر بإرادته غاية الأمر لا بداعي الرضا أو الرغبة إليه بل بداعي الخوف والاكراه ، هذا .

ويمكن أن يقال : إنّ الأفعال لا يتبادر منها شيء من الاختيار في مقابل الاضطرار ولا الاختيار في مقابل الاكراه ، أمّا الثاني فلما أشرنا إليه آنفاً في تقريب كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وأمّا الاختيار في مقابل الاضطرار فلأنّه أجنبي عن الأفعال بموادّها وهيئاتها ، أمّا بحسب المواد فلأنّ القيام مثلاً إسم للهيئة الخاصّة من دون فرق بين حصولها بالاختيار وبين حصولها بالاضطرار ، وأمّا بحسب الهيئات فلأنّ هيئة قام تدلّ على أنّ الفاعل تلبّس بمادّة القيام من غير اختصاص بما إذا تلبّس بها باختياره . وبالجملة فلو كنّا نحن وهذه الرواية لقلنا بسقوط الخيار بمجرد الافتراق سواء كان بارادته واختياره أو باضطراره إليه أو اكراهه عليه هذا .

ثمّ أورد عليه شيخنا الأنصاري ثانياً : بأنّ التبادر لو تم للزم الالتزام بعدم سقوط الخيار فيما إذا كان متمكّناً من الفسخ وأُكره على التفرّق فقط ، مع أنّهم التزموا بسقوط الخيار حينئذ ولم يقل أحد بعدم سقوطه بدعوى أنّ التفرّق صدر باكراه وهو لا يوجب سقوط الخيار . وهذا الاشكال متين كما هو ظاهر .

ومنها : التمسّك بحديث الرفع ، بدعوى أنّ مقتضى الحديث أنّ الفعل الصادر عن إكراه كلا فعل وأنه لا يترتّب عليه أثر ، وبما أنّ التفرّق صدر باكراه فهو كلا

تفرّق بمقتضى الحديث ، وعليه فلا محالة يبقى خياره بحاله .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري : بأنّ لازم التمسك بالحديث أن يلتزم ببقاء الخيار حتى فيما إذا كان متمكّناً من الفسخ ، وبما أنّهم ذهبوا إلى سقوط الخيار عند تمكّنه من الفسخ فيستكشف منه أنّ الحديث ممّا لا يمكن التمسك به في المقام ، هذا .

ويمكن الجواب عن هذا الايراد بأنّ الحديث إنّما يرفع الحكم عن الأفعال الصادرة من المكلّفين فيما إذا صدرت عن الاكراه أو النسيان أو غيرهما من العناوين المذكورة في الحديث ، وكان لها أثر وحكم ، والحكم أعني اللزوم إنّما يترتّب في المقام على مجموع أمرين أحدهما : الافتراق وثانيهما : عدم الفسخ ، فالافتراق مع عدم الفسخ موضوع للحكم باللزوم ، فإذا تعلّق الاكراه بمجموع هذين الأمرين اللذين فرضناهما موضوعاً للحكم باللزوم فلا محالة يوجب رفع ذلك الحكم ، لأنّ الفعل الصادر عن إكراه كلا فعل .

وأمّا إذا تعلّق الاكراه بأحدهما لا بمجموعهما فلا يترتّب عليه أثر ، إذ لا أثر لجزء الموضوع ولا حكم له حتّى يرتفع بالحديث ، فالاكراه على الجزء ممّا لا أثر له وعليه فإذا انضمّ إليه جزؤه الآخر فلا محالة يترتّب عليهما الأثر ، لأنّ الاكراه المتعلّق بأحدهما كلا شيء وكأنّه لم يكن ، إذ لا يترتّب عليه أثر من جهة أنّ متعلّقه ليس محكوماً بحكم حتى يرفعه الحديث ، فإذا اُكره على التفرّق فلا يترتّب على هذا الاكراه أثر ، لأنّ التفرّق ليس موضوعاً لحكم حتى يرتفع حكمه بالحديث ، فإذا ضمّ إليه عدم الفسخ بالاختيار فلا محالة يترتّب عليهما الحكم باللزوم ، إذ المفروض أنّ اللزوم يترتّب على مجموع الافتراق وعدم الفسخ ، وهذا هو الوجه في عدم التزام الأصحاب بسقوط الخيار فيما إذا كان متمكّناً من الفسخ ـ كما يمكن أن يكون الوجه في عدم التزامهم بالسقوط عند التمكّن من الفسخ هو إجماع الأصحاب على عدم سقوط الخيار ـ .

وبالجملة : أنّ الوجه فيما ذهبوا إليه أنّ الاكراه لم يتعلّق بأمر محكوم بحكم لأنّ جزء الموضوع لا حكم له ، فلا يرد بذلك نقض على الأصحاب ولا يستكشف بذلك أنّ الحديث لا يجري في المقام ، وهذا لا يختص بالمقام بل يجري في جميع الموارد ، فإذا أُكره أحد على قول بع وهو تكلّم به عن إكراه وضمّ إليه تاء المتكلّم بقصد الانشاء وقال بعت ، فلا يمكن أن يقال إنّ جزءه لمّا كان على وجه الاكراه فقد ارتفع حكمه فلا يترتّب على هذا الانشاء أثر ، وذلك لأنّ نصف كلمة بعت جزء لموضوع الانشاء والجزء لا حكم له حتى يرتفع بالاكراه ، وكيف كان فهذا الايراد لا يمكن الاعتماد عليه ولا يكون دليلاً على عدم جريان الحديث في المقام .

والذي يمكن أن يقال في وجه عدم صحة التمسّك بالحديث في المقام : هو أنّ الحديث إنّما يمكن التمسّك به فيما إذا كان الافتراق موضوعاً للحكم باللزوم ، وحينئذٍ يمكن أن يقال إنّ الافتراق لمّا كان مورداً للاكراه فهو كلا افتراق فلا يترتّب عليه الحكم باللزوم ، وأمّا إذا لم يترتّب عليه حكم لأنّ اللزوم إنّما ترتّب على العقد من حين صدوره لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإنّما أخرج الشارع حصّة خاصّة من الزمان عن هذا الحكم وحكم فيه بالجواز منّة وتسهيلاً إلى أن يحصل الافتراق ، فحينئذ لا يترتّب على الاكراه المتعلّق بالافتراق أثر ، لأنّ الافتراق غاية للحكم بالجواز على نحو الاطلاق صدر عن الاختيار أو عن الاكراه ، وليس موضوعاً للحكم باللزوم حتى يقال إنّه لمّا كان متعلّقاً للاكراه فلم يترتّب عليه أثره لأنه كلا افتراق ، وذلك لما أشرنا إليه من أنّ الحكم باللزوم إنّما صدر من الابتداء وليس موضوعه الافتراق .

وأمّا قوله (عليه السلام) « فإذا افترقا وجب البيع » فمعناه إذا افترقا يزول الحكم بالجواز ويكون العقد والبيع لازماً باللزوم من أوّل الأمر ، لا أنّ اللزوم يترتّب مع التفرّق ، فالتفرّق إنّما هو غاية للحكم بالجواز ، ولا مانع من أن تكون

الغاية للأحكام الترخيصية مطلق وجود الشيء صدر عن الاكراه أو عن الاختيار وهذا كما إذا أبحت التصرف في مالك لأحد إلى أن يجيئ شخص معيَّن بحيث إذا جاء ذلك الشخص ارتفع الحكم بالاباحة ، سواء كان مجيؤه باختياره أو بنسيانه وعدم إرادته ، وهو لا يقاس بالحكم الالزامي أعني لزوم البيع ، لأنّه مترتّب على العقد ولم يتعلّق به إكراه ، وإنّما تعلّق بالافتراق وهو ليس بموضوع للحكم باللزوم وسيجيئ مزيد توضيح لهذا المطلب بعد قليل ، هذا .

وقد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) وجهين آخرين لعدم جريان الحديث في المقام :

أحدهما : أنّ الحديث كما دلّ على رفع ما استكرهوا عليه دلّ على رفع النسيان أيضاً ، ومقتضى التمسك به في المقام أن يلتزم بعدم سقوط الخيار فيما إذا تفرّقا نسياناً مع أنه ممّا لا يلتزم به الأصحاب ، فيستكشف من ذلك أنّ ذات الافتراق بما هو فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات ، وهذا النقض متين .

الوجه الثاني : أنّ الحديث إنّما يرفع متعلّقات الأحكام فيما إذا صدرت عن إكراه ولا يشمل موضوعاتها ، فإذا شرب الخمر عن إكراه فمقتضى الحديث أنه كلا شرب ، فلا يترتّب عليه آثار شرب الخمر لأنه متعلّق للحكم بالحرمة ، وأمّا إذا استكره على موضوع من موضوعات الأحكام فلا يشمله الحديث ، فإذا أُكره على إقامة عشرة أيّام في سفره فإنّه يجب عليه الاتمام وإن كانت الاقامة التي هي موضوع الحكم بوجوب التمام صادرة عن إكراه ، فلا يمكن أن يقال إنه يجب عليه القصر لأنّ الاقامة صدرت عن إكراه فهي كلا إقامة شرعاً ، وعليه ففي المقام لمّا كان الافتراق موضوعاً للحكم الشرعي مثلاً فلا يكون الاكراه عليه مشمولاً للحديث ، هذا .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٥٢ .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لم يلتزم به في الاُصول بل عمّم الحديث للمتعلّقات والموضوعات ونعم ما صنع ، ولم يلتزم باختصاصه بالمتعلّقات وذلك لعموم الحديث ، ولذا ترى الفقهاء في جميع الأبواب الفقهية يتمسّكون بالحديث في رفع الأحكام عند الاكراه على موضوعاتها ، فهذه باب الكفّارات فإنّك إذا راجعتها ترى أنّ الفقهاء يلتزمون بارتفاع الكفّارة عند الاكراه على ما ثبتت له الكفّارة في الشريعة المقدّسة ، فإذا اُكره أحد على الأكل في نهار شهر رمضان فإنه موضوع للكفّارة ، إلّا أنه لمّا كان مورداً للاكراه التزموا بعدمها في المثال ، وهكذا الحال في غير باب الصوم من موارد الكفّارة .

وأمّا ما أورده (قدّس سرّه) نقضاً من أنه إذا اُكره على الاقامة يجب عليه الاتمام مع أنّها موضوع للحكم بوجوب التمام فهو منه (قدّس سرّه) عجيب ، وذلك لأنّ الحديث كما ذكرناه في محلّه إنّما يشمل الأفعال الصادرة عن المكلّفين فيما إذا ترتّب عليها أثر أو كانت متعلّقات للأحكام ، وأمّا إذا تعلّق الاكراه بشيء آخر غير الأفعال كما إذا اُكره على لمس يده المتنجّسة بشيء فلا يمكن أن يقال في مثله بعدم نجاسة الملاقي من جهة أنّ الملاقاة حصلت بالاكراه فهي كلا ملاقاة ، وذلك لأنّ النجاسة من آثار تلاصق شيئين أحدهما نجس ، وليست من الآثار المترتّبة على الفعل الصادر من المكلّفين .

والأمر في المقام كذلك ، لأنّ وجوب التمام من آثار العلم بالاقامة وليس من آثار الاقامة التي هي من الأفعال الصادرة عن المكلّفين فوجوب الاتمام إنّما يترتّب على العلم باقامة العشرة لا على نفسها ، إذ للعلم موضوعية في وجوب التمام ، فلذا يجب عليه الاتمام فيما إذا علم باقامة العشرة وإن لم يُقمها بعد ذلك ، ومن الواضح أنّ العلم بالاقامة ليس مورداً للاكراه وإنّما الاكراه تعلّق بالاقامة وبه علم المكلّف باقامته فترتّب عليه وجوب الاتمام ، فعدم صحة القول بوجوب القصر حينئذ من

جهة تمامية موضوع الحكم بالتمام لا من جهة أنّ الحديث لا يشمل الاكراه في موضوعات الأحكام.

وعليه فالصحيح في الجواب: ما ذكرناه آنفاً من أنّ الافتراق ليس موضوعاً للحكم باللزوم وإنّما هو قيد وغاية للجواز وتوضيحه: أنّ الحديث إنّما يرفع الحكم عند تعلّق الاكراه بمتعلّق ذلك الحكم أو موضوعه، ويدلّ على أنّ إيجاد ذلك الموضوع أو المتعلّق بالاكراه أو النسيان كالعدم فلا يترتّب عليه أثره وحكمه، وأمّا إذا تعلّق الاكراه بضدّ شيء أو نقيضه فلا يمكن إثبات ذلك الشيء بالحديث.

وتفصيل هذا الاجمال: أنّ الاكراه تارة يتعلّق بالبقاء في المجلس وعدم الافتراق، وحينئذ يمكن أن يقال إنّ هذا البقاء في المجلس عن إكراه أو نسيان كالعدم فلا يترتّب على هذا البقاء جواز العقد والخيار بناءً على أنّ الحديث يشمل المباحات والأحكام الترخيصية أيضاً، لأنّ البقاء في المجلس وعدم الافتراق موضوعان للحكم بالجواز والخيار، وحيث إنّهما موردان للاكراه فهما كالعدم بحكم الحديث وهذا يوجب ارتفاع حكمه لا محالة، إلّا أنّ الصحيح عدم شمول الحديث للأحكام الترخيصية.

وأُخرى يتعلّق الاكراه بالافتراق أي باعدام موضوع الخيار والجواز كما هو المفروض في المقام، وحينئذ فلا يمكن أن يقال إنّ هذا الافتراق الذي هو إعدام لموضوع الحكم بالجواز لمّا صدر عن إكراه فهو كلا افتراق، ولا يصح القول بأنّ المتعاملين لمّا أرادا الاجتماع الذي هو موضوع الحكم بالجواز والخيار وأكرههما مكره على ترك ذلك الاجتماع فتركاه بالاكراه فيكون هذا العدم أي عدم الاجتماع مرفوعاً وكالعدم وكأنّهما مجتمعان، لأنّ عدم عدم الاجتماع عبارة أُخرى عن الاجتماع فيترتّب عليه أحكام الهيئة الاجتماعية من الجواز والخيار، والوجه في عدم صحّة ذلك أنّ الحديث إنّما يرفع الأحكام عن موضوعاتها أو متعلّقاتها فيما إذا تعلّق

الاكراه بإيجاد الموضوعات أو المتعلّقات ويدلّ على أنّ هذا الوجود كالعدم ، فلا يترتّب عليه أثر ، وأمّا إذا أُكره أحد على عدم إيجاد موضوع أو متعلّق فلا يرفع الحديث هذا العدم حتى يدلّ على أنّ الموضوع ليس بمعدوم فيترتّب عليه حكمه .

مثلاً إذا أراد أحد بيع داره وأكرهه مكره على عدم بيعه فإنه لا معنى لدلالة الحديث على أنّ عدم البيع لمّا صدر عن الاكراه فهو كالعدم فالبيع كالموجود ويترتّب عليه النقل والانتقال من دون حاجة إلى إنشاء آخر ، أو إذا أراد أحد أن يجاهد في سبيل الله ويلبس الحرير لأنّ لبس الحرير في الجهاد جائز وأُكره على عدم الجهاد فيقال إنّ عدم الجهاد كالعدم بحكم الحديث فكأنّه مشغول بالجهاد فيجوز له لبس الحرير أو أراد أن يصلّي جماعة للتخلّص عن الوسوسة في القراءة أو عدد الركعات فمنعه مكره فيقال إنّ ترك الجماعة كالعدم فكأنّه صلّى جماعة فتسقط عنه القراءة وحفظ عدد الركعات ، وهكذا .

وبالجملة : أنّ الحديث إنّما يرفع وجود الموضوع أو المتعلّق فيما إذا كان وجودهما عن إكراه ، وأمّا إذا كان عدم الموضوع أو المتعلّق من جهة الاكراه فلا يشمله الحديث حتى يوجب ترتّب حكم ذلك الموضوع أو المتعلّق بجعل العدم عدماً ، والأمر في المقام كذلك لأنه إنّما أُكره على ترك الموضوع وإعدام موضوع الجواز ، وحينئذ فلا يمكن أن يقال إنّ هذا العدم كالعدم وكأنّ الموضوع موجود فيترتّب عليه أثره .

ودعوى أنّ الافتراق موضوع للحكم باللزوم ، قد تقدّم دفعها في هذا البحث وذكرنا تفصيل ذلك في القيود المأخوذة في المتعلّقات وقلنا إنّ الأحكام إنّما تترتّب على التقيّدات لا على القيود ، فقيد الافتراق لم يترتّب عليه حكم وإنّما الحكم أعني اللزوم إنّما ترتّب على تقيّد العقد والبيع بالافتراق ، إذ الأحكام لا تترتّب على القيود فلذا ذكرنا في محلّه أنّ القيد إذا كان خارجاً عن الاختيار فلا مانع من أخذه في

المتعلّق فيما إذا كان التقيّد به أمراً ممكناً ، فإنّ القبلة وإن كانت غير مقدورة للمكلّف إلّا أنّ تقيّد الصلاة بكونها واقعة إلى القبلة ممكن فكان التكليف بالصلاة المقيّدة بها صحيحاً ، وفيما نحن فيه نفس الافتراق لم يترتّب عليه حكم وإنّما هو قيدٌ واللزوم إنّما ترتّب على العقد المقيّد ، هذا .

ولكن الصحيح إمكان الفرق بين مثل الافتراق وسائر القيود المأخوذة في الموضوعات والمتعلّقات ، بأنّ الافتراق بمنزلة الجزء الأخير من العلّة التامّة للّزوم بحيث يتوقّف تأثير البيع في اللزوم على انضمام الافتراق إليه ، فبوجوده يوجد اللزوم كما أنه ينعدم بانعدام الافتراق ، وفي مثله إذا اُكره على الافتراق فلا محالة يرتفع اللزوم لتوقّفه عليه بحسب الوجود والعدم ، والسرّ في ذلك أنه بعد ما أوجد البيع والعقد فلا يتمكّن من أن يمنع عن اللزوم فيما إذا انضمّ إليه الافتراق ، فليس تأثير المقيَّد في اللزوم أمراً اختيارياً له ، كما أنّ عدم تأثيره فيه عند ترك الافتراق خارج عن اختياره ، فمن هذه الجهة لا مانع من شمول الحديث للافتراق .

ولكن التحقيق أنّ الحديث لا يشمل مثل الافتراق من جهة اُخرى ، وهي أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الأحكام فيما إذا تعلّق الاكراه بموضوعاتها أو متعلّقاتها وكان ذلك الموضوع أو المتعلّق من الأفعال الصادرة عن المكلّفين ، بمعنى أنّها باعتبار جهة صدورها عن المكلّف بالقدرة والاختيار كانت موضوعاً أو متعلّقاً للحكم .

وبعبارة اُخرى : اُخذ فيها جهة المصدرية التي هي الصدور عن فاعلها ، نظير الافطار في شهر رمضان فإنّه موضوع للحكم بالكفّارة فيما إذا كان على وجه العمد والاختيار وقد اُخذ في الموضوع بما أنّه فعل صادر عن المكلّف مسبوقاً بالارادة والاختيار ، فإذا اُكره على الافطار في شهر رمضان فلا محالة شمله الحديث ويوجب رفع حكمه وهو الكفّارة ، هذا في الموضوعات .

وأمّا المتعلّقات فهي ممّا اُخذ فيه صدورها على وجه الارادة والاختيار دائماً

لوضوح اشتراط القدرة في متعلّقات الأحكام ، وأمّا إذا كان الموضوع من غير الأفعال المأخوذ فيها جهة الصدور على وجه الارادة والاختيار وإن كان ربما يصدر من المكلّفين باختيارهم إلّا أنّ صدوره على وجه الاختيار ليس معتبراً في موضوعيته للحكم ، ففي مثله لا مجرى للحديث ، وهذا كما في باب النجاسات فإنّ موضوعها الملاقاة مع النجس ولم يؤخذ فيها عنوان صدورها عن المكلّف على وجه الاختيار ، بل الملاقاة بما هي هي سواء وقعت على وجه الاختيار أو على وجه الاكراه والاضطرار أو على وجه آخر موضوع للحكم بالنجاسة لقوله (عليه السلام) « اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه »[1] وغيره من الروايات التي دلّت على وجوب الغسل بمجرد ملاقاة شيء مع النجس من دون أخذ صدورها على وجه الاختيار فيها ، وهذا ظاهر .

وبهذا قلنا إنّ الاكراه على الملاقاة لا يوجب رفع النجاسة والحكم بوجوب غسلها ، لأنّها ليست من الأفعال الصادرة عن المكلّفين على وجه الاختيار وإن كانت ربما تحصل باختيارهم إلّا أنّ الموضوع هو نفس الملاقاة بما هي ، ولولا ما ذكرناه في المقام لم يكن وجه لعدم شمول الحديث لباب النجاسات فيما إذا تعلّق الاكراه بالملاقاة ، ولذا كانت مسألة النجاسات من العويصات وذهب الأصحاب فيها إلى اليمين والشمال ، مثلاً أجاب عنها شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] بأنّا علمنا علماً وجدانياً أنّ الملاقاة في النجاسات علّة تامّة مؤثّرة لا تختلف باختلاف الحالات من الاختيار والاضطرار ولأجله لا يجري فيها الحديث ، مع أنه يمكن أن يناقش فيه بمنع هذا العلم ، إذ لا منشأ له ولا دليل عليه .

---

(١) الوسائل ٣ : ٤٠٥ / أبواب النجاسات ب٨ ح٢ .

(٢) أجود التقريرات ٣ : ٣٠٧ .

وبالجملة : أنّ ما ذكرناه من اختصاص الحديث بموارد الاكراه على فعل صادر عن المكلّف على وجه الاختيار يرفع الاشكال في باب النجاسات ، ولذا لا ترى فقيهاً يتمسك بالحديث عند تعلّق الاكراه بالسفر أو الاقامة في رفع وجوب القصر أو الاتمام بدعوى أنّ السفر أو الاقامة مورد للاكراه ، وليس هذا إلّا من جهة أنّ السفر لم يؤخذ في موضوع وجوب القصر بما أنّه فعل يصدر عن المكلّف على وجه الاختيار ، وإنّما أُخذ فيه بما هو هو سواء صدر عن الاختيار أو عن الاكراه وكذلك الاقامة حيث إنّ الاقامة بما هي موضوعة لوجوب التمام عند العلم بها لا بما أنّها صادرة عن المكلّف عن اختيار .

وإذا عرفت ذلك فنقول : إنّ الافتراق المأخوذ في موضوع اللزوم إنّما أُخذ فيه بما هو هو لا بما أنه فعل اختياري يصدر عن المتعاملين ، ولذا ربما ينسب التفرّق إلى ما لا شعور له ولا اختيار فيقال تفرّق أجزاء الدار أو الكتاب ، وبما أنه ليس من الأفعال الصادرة على وجه الاختيار بمعنى أنه لم يؤخذ فيه بما هو صادر عن الارادة والاختيار وإن كان ربما يصدر على وجه الاختيار فلا يجري فيه الحديث . فالمتحصّل أنّه لا وجه لبقاء الخيار بعد الاكراه على التفرّق وترك الفسخ لأجل ما عرفت .

ثمّ لو أغمضنا عن ذلك وبنينا على أنّ الافتراق بما هو فعل صادر عن المكلّف موضوع للحكم باللزوم فنقول : إنّ الحديث إنّما يرفع الأحكام فيما إذا كان في رفعها امتنان وإرفاق على نوع المكلّفين ، وأيّ إرفاق ومنّة في سلب سلطنة المالك عن المال بجعل الخيار للمشتري مثلاً ، فإنّ الحكم بجواز رجوع المشتري في المعاملة ينافي سلطنة البائع على الثمن فإنه أكل للمال بلا تجارة عن تراضٍ وتصرّف في سلطان المالك وليس في ذلك إرفاق وامتنان ، وحديث رفع الاكراه كحديث نفي الضرر إنّما

يجريان فيما لو كان في رفع الحكم بهما امتنان ، وسيأتي في بعض الخيارات الآتية[١] أنّ التمسك فيها بقاعدة نفي الضرر لاثبات الخيار غير تام لأنه على خلاف الامتنان هذا مضافاً إلى النقض بصورة الافتراق نسياناً الذي هو العمدة في الجواب .

ومنها : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من أنّ المتبادر من قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع » أنّ الافتراق المتّصل بالرضا يوجب سقوط الخيار ، وأمّا مجرد الافتراق فلا يترتّب عليه أثر ، وبما أنّ الافتراق غير متّصل بالرضا في المقام فلذا لا يترتّب عليه سقوط الخيار .

ويدفعه : أنّ هذا الانصراف والتبادر لا منشأ له وهو تقييد بلا دليل ، بل مقتضى إطلاقه أنّ الافتراق يسقط الخيار سواء اتّصل بالرضا أم لم يتّصل به ، هذا مضافاً إلى أنّ هذا المدّعى لو تمّ في الاكراه على الافتراق يستلزم الالتزام بعدم سقوط الخيار أيضاً فيما إذا حصل الافتراق غفلةً أو نسياناً ونحوهما ، لأنّه في صورة الغفلة أو النسيان لم يكن راضياً بالافتراق ، وإنّما صدر منه نسياناً مع أنّهم التزموا بسقوط الخيار حينئذ حتى الشيخ (قدّس سرّه) وهذا يكشف عن أنّ الافتراق غير مقيّد بالاتصال بالرضا .

ومنها : صحيحة الفضيل : « فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما »[٣] حيث إنّها صرّحت على أنّ الافتراق المسقط للخيار إنّما هو الافتراق المقرون بالرضا والاختيار وأمّا مجرد الافتراق من دون إرادة ولا رضا فلا يترتّب عليه أثر ، وبهذه الرواية استشهد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على أنّ الافتراق لابدّ من أن يتّصل

---

(١) في الصفحة ٢٩٤ مبحث خيار الغبن .

(٢) المكاسب ٥ : ٧٠ ـ ٧١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب ١ ح ٣ .

بالرضا ، وذلك لأنّ المراد بالرضا ليس هو الرضا بأصل المعاملة ، لأنّ المفروض أنّهما تعاملا عن رضاهما بالبيع ، فتعيّن أن يكون المراد بالرضا هو الرضا المتّصل بالافتراق للاجماع القطعي على عدم اعتبار رضا آخر في زمان آخر في المعاملة هذا .

وفيه : أنّ هذا الاستدلال لو تم لأوجب الالتزام بعدم سقوط الخيار فيما إذا حصل الافتراق نسياناً أو غفلة ، لعدم رضاه بالافتراق حينئذ مع أنّهم ذهبوا إلى سقوط الخيار بالافتراق غفلة أو نسياناً .

وأمّا الصحيحة فهي أيضاً لا دلالة لها على اعتبار الرضا متّصلاً بالافتراق ومعناها (والله العالم) أنّ البيع إذا صدر برضاهما وحكم الشارع عليه باللزوم فلا وجه فيه للخيار بعد انقضاء زمان الحكم بالجواز فيه إرفاقاً ، لما مرّ من أنّ اللزوم إنّما يترتّب على البيع والعقد وإنّما خرج منه حصّة خاصّة من الزمان إرفاقاً ، فإذا انقضى هذا الزمان فلا وجه للخيار بعده بعد رضاهما بالمعاملة وإمضاء الشارع لها وحكمه باللزوم .

ومنها : ما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ الافتراق إنّما يسقط الخيار من أجل كشفه غالباً عن رضاهما بالعقد ، وهذا الكشف لا يتمّ عند الاجبار والاكراه على الافتراق .

ويدفعه : ما أشرنا إليه مراراً من أنّ هذا المدّعى على تقدير تماميته يوجب الالتزام بعدم سقوط الخيار عند الافتراق غفلة أو نسياناً ، لعدم كشفه عن الرضا حينئذ مع أنه ممّا لم يلتزم به أحد ، هذا .

مضافاً إلى أنّه لا دليل على أنّ الافتراق يسقط الخيار من أجل كشفه عن

---

(١) المكاسب ٥ : ٧١ .

الرضا، بل الرواية ظاهرة في أنّ الافتراق غاية للحكم بالجواز صدر عن الاختيار أو عن الاكراه.

وحاصل الكلام: أنّا لم نفهم الفرق بين صورتي الاكراه والنسيان، وأنّ الخيار لماذا يسقط عند الافتراق غفلة ونسياناً ولا يسقط عند الافتراق إكراهاً بعد شمول حديث الرفع لكليهما.

وأمّا ما في كلام شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] من أنّ الفارق بينهما النصّ فلم نقف على أيّ نصّ دلّ على عدم سقوط الخيار عند الاكراه وسقوطه عند النسيّان. وأمّا الصحيحة فقد عرفت عدم دلالتها على أزيد من سقوط الخيار بعد رضاهما بأصل المعاملة.

إكراه أحد المتعاقدين على الافتراق

إذا بنينا على بقاء الخيار عند الاكراه على الافتراق وترك الفسخ - على خلاف ما اخترناه - فنقول: إنّهما تارةً يتفرّقان على وجه الاختيار فلا ينبغي الاشكال في سقوط الخيار، وأُخرى يكره كلاهما على التفرّق وترك الفسخ فلا ينبغي الاشكال في عدم سقوط الخيار على المشهور، وثالثة يكره أحدهما على الافتراق وترك الفسخ مع بقاء الآخر على اختياره في البقاء في المجلس والفسخ ورابعة يكره أحدهما على البقاء والمجلس وعلى ترك الفسخ ويبقى الآخر على اختياره في الافتراق والفسخ. والصورتان الأوّلتان واضحتان وإنّما الكلام في الصورتين الأخيرتين.

ولا يخفى أنّ البحث في هذه المسألة يبتني على القول بعدم سقوط الخيار

(١) منية الطالب ٣: ٥١.

بالاكراه على التفرّق وترك الفسخ وإلّا فإذا بنينا على سقوطه حتى في صورة الاكراه فلا يبقى للبحث في هذه المسألة مجال ، وكيف كان فعلى القول بعدم سقوط الخيار بالاكراه فهل يسقط خيار كل واحد من المختار والمكره في الصورتين أو لا يسقط خيارهما أصلاً أو يسقط خيار المختار دون خيار المكره أو يفصّل بين ما إذا كان المختار في المجلس فكلاهما على الخيار وبين ما إذا خرج المختار عن المجلس باختياره فخيار كليهما ساقط ، هذه هي أقوال المسألة .

ومبنى هذه الأقوال هو أنّ الغاية للخيار هل هي تفرّقهما بالاختيار بنحو الاجتماع بأن يكون افتراق كليهما باختيارهما غاية للخيار ، أو أنّ الغاية هي افتراق أحدهما باختياره ، وعلى الأول فهل تفرّقهما باختيارهما غاية لسقوط الخيار على نحو العموم الاستغراقي بأن يكون افتراق كل منهما باختياره مسقطاً لخيار نفسه ، أو أنّ تفرّقهما أُخذ غاية على نحو العموم المجموعي بمعنى أنّ افتراق كليهما عن اختيارهما موجب لسقوط الخيار بحيث لو افترق أحدهما على نحو الاكراه فلا يسقط شيء من خياريهما . وعلى الثاني أعني كون الغاية هي افتراق أحدهما باختياره فهل يشترط في الافتراق المسقط للخيار أن يكون مبرزاً بأمر وجودي أو يكفي فيه مثل عدم الحركة أيضاً .

فعلى المبنى الأول وهو كون الغاية كلا التفرّقين على نحو العموم الاستغراقي يسقط خيار المختار خاصّة ، لأنه تفرّق على نحو الاختيار دون المكره لعدم تفرّقه بنحو الاختيار .

وعلى المبنى الثاني وهو كون الغاية كلا التفرّقين على نحو العموم المجموعي فخيار كليهما ثابت لعدم صدور الافتراق منهما على نحو الاختيار ، إذ المفروض أنّ أحدهما تفرّق على نحو الاكراه .

وعلى المبنى الثالث وهو كون الغاية افتراق أحدهما مع اشتراط كون المبرز

للافتراق أمراً وجودياً يتوجّه تفصيل العلّامة في التحرير(١) فلا يسقط خيارهما فيما إذا كان المختار باقياً في المجلس ، وذلك لعدم صدور افتراق اختياري منهما ، أمّا المكره فلأنّ الافتراق منه ليس اختيارياً له ، وأمّا المختار فلأجل أنه لم يبرز الافتراق بأمر وجودي وإنّما سكن وبقي في المجلس وهو ليس أمراً وجودياً كما هو ظاهر . نعم لو خرج المختار عن المجلس فيسقط خيارهما معاً لصدور الافتراق الاختياري المبرز بأمر وجودي .

وعلى المبنى الرابع وهو كون الغاية افتراق أحدهما من دون اشتراط إبرازه بأمر وجودي وكفاية عدم الحركة في تحقّقه ، يسقط خيار المكره والمختار كليهما لصدور الافتراق الاختياري من المختار بسكونه في المجلس باختياره ، هذه هي مباني الأقوال في المسألة .

ولابدّ لتعيين القول الصحيح من ملاحظة الأدلّة الدالّة على أنّ الافتراق غاية للخيار على تقدير صدوره على وجه الاختيار ، فنقول : إنّ مقتضى قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » كما عرفت سقوط الخيار بمجرد الافتراق من دون اشتراط الاختيار ، فاطلاقه يقتضي سقوط الخيار على نحو الاطلاق ، فلابدّ من ملاحظة الدليل الذي قيّد إطلاق قوله (عليه السلام) « ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع » بما إذا صدر الافتراق على وجه الاختيار ، فإن كان دليل اشتراط الافتراق بالرضا هو الاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحقّقة كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلازمه الاقتصار في الخروج عن مقتضى الاطلاق بالمقدار المتيقّن وهو صورة الافتراق عنهما على وجه الاكراه ، وفي غير تلك الصورة يتحكّم الاطلاق أي إطلاق قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع »

---

(١) التحرير ٢ : ٢٨٤ .

وعليه فلابدّ من الالتزام بسقوط الخيار في المقام مطلقاً لتحقّق الافتراق المسقط بحكم الاطلاق ، وإنّما خرجنا عنه في خصوص ما إذا كان كل واحد منهما مكرهاً على الافتراق ، وفي غير هذه الصورة لابدّ من التمسك بالاطلاق وهو يقتضي سقوط الخيار بمجرد الافتراق .

وإن كان دليل اشتراط الافتراق بالرضا هو الانصراف والتبادر أو صحيحة الفضيل أو حديث رفع الاكراه ، فالظاهر أنه لابدّ من القول حينئذ ببقاء الخيار في كل واحد من المكره والمختار ، وذلك لأنّ الافتراق أمر وحداني سواء قلنا إنه أمر وجودي أو قلنا إنه أمر عدمي وهو عدم الاجتماع ، غاية الأمر أنه من الأعدام والملكات لا من الأعدام الصرفة ، وهذا الأمر الوحداني من الأعراض النسبيّة المتضايفة فيحتاج إلى طرفين كالأُبوّة والبنوّة فإذا قلنا إن زيداً افترق فمعناه أنّ طرفه الذي هو عمرو قد اتّصف أيضاً بالافتراق ، ولا يعقل أن يكون أحد المجتمعين مفترقاً دون الآخر ، لأنّه كالاتّصال والانفصال فإذا انفصل أحدهما فالآخر أيضاً منفصل ، ولا معنى لانفصال أحدهما واتّصال الآخر ، كما لا يعقل أن يكون هذا إبناً لزيد ولا يكون زيد أباً له .

فإذا كان الافتراق أمراً واحداً قائماً بطرفين فنقول : إنّ هذا الأمر الواحد القائم بطرفين قد قيّد بالرضا بحكم الانصراف ، فإذا افترق أحدهما بالاكراه فلم يحصل الافتراق عن رضا الذي هو الغاية للخيار ، فإذا لم يكن أحدهما مفترقاً فالآخر أيضاً ليس مفترقاً ، لأنه أمر واحد قائم بشخصين ، ولا يعقل أن يكون هذا غير مفترق والآخر مفترقاً ، وهذا ظاهر .

وكذا الحال فيما إذا كان المدرك صحيحة الفضيل لأنّها قد قيّدت الافتراق بما إذا كان عن رضاهما ، فإذا كان افتراق أحدهما عن إكراه فلا محالة لم تحصل الغاية للخيار وهي الافتراق عن رضاهما ، فإذا لم يكن أحدهما متّصفاً بالافتراق فالآخر

أيضاً متّصف بعدم الافتراق .

وكذا فيما إذا كان الدليل لاشتراط الرضا حديث الرفع فإنه قد رفع الافتراق الحاصل من المكره فهو بحكم الحديث ليس مفترقاً فيلزمه أن لا يكون الآخر أيضاً متّصفاً بالافتراق ، لأنه أمر واحد فإذا تحقّق في أحدهما أو انسلب من أحدهما فيتحقّق في الآخر أو ينسلب منه أيضاً وهذا ظاهر ، وعليه فتكون الغاية مجموع افتراقهما عن اختيار ، ولا يمكن أن يقال إنّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع هو أن يكون افتراق كل منهما غاية لسقوط خيار نفسه نظير قوله تعالى ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ﴾[1] أو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] بمعنى أنّ كل واحد يمسح برجل نفسه وبرأسه وكل واحد يفي بعقده ، وفي المقام أيضاً كل واحد يسقط خياره بافتراق نفسه والوجه في عدم تأتّي ذلك في المقام هو أنّ الرجل والرأس أو العقد متعدّد لا مانع فيه لتقابل الجمع بالجمع ، وأمّا في المقام فقد عرفت أنّ الافتراق أمر واحد وليس متعدّداً بتعدّد المتعاملين ليكون لكل واحد افتراق بل الافتراق واحد وقائم بشخصين وطرفين فلابدّ وأن يكون هذا الأمر الواحد صادراً من كليهما حتى يكون موجباً لسقوط الخيار ولا وجه للقياس .

وما ذكرناه من أنّ لازم الاعتماد على مثل الانصراف والصحيحة والحديث أن يلتزم بالخيار في كل من المكره والمختار ممّا لا مانع عنه إلّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[3] من أنّ قوله (عليه السلام) « فمشيت خُطاً ليجب البيع حين افترقنا » ظاهر في أنّ الغاية للخيار هي افتراق أحدهما سواء كان الآخر أيضاً

---

(١) المائدة ٥ : ٦.

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) المكاسب ٥ : ٧٦.

راضياً بذلك وملتفتاً له أو لا يكون ملتفتاً ولا راضياً ولا شاعراً بافتراقه، هذا.

ولا يخفى أنّ الرواية غير مانعة عمّا ذكرناه في المقام، من جهة أنّها حاكية لفعل الامام (عليه السلام) وليس في فعله إطلاق ودلالة على أنّ مجرد الافتراق من أحدهما يوجب سقوط الخيار كان الآخر أيضاً راضياً بذلك أو لا، هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّ قوله «حين افترقنا» دليل على أنّ مراده (عليه السلام) وجوب البيع بالخُطى عند افتراقهما، وعليه فهي كغيرها من الأدلّة الدالّة على أنّ غاية الخيار هو الافتراق مع بيان ما يتحقّق به الافتراق من مشيه خطىً، وحينئذ فنقيّدها بتلك الأدلّة الدالّة على اشتراط الافتراق بالرضا نظير غيرها من الروايات الدالّة على أنّ الغاية هي الافتراق.

القول فيما لو زال الاكراه

لا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار بعد زوال الاكراه فيما إذا بنينا على أنّ التفرّق عن إكراه لا يسقط الخيار، لأنه لم يسقط من الابتداء فإذا زال الاكراه وارتفع المانع فله أن يختار أحد الأمرين من الفسخ أو الامضاء كما هو معنى الخيار ولا كلام في ذلك، وإنّما الكلام في أمد ذلك الخيار وأنه يسقط بأيّ شيء، فقد ذهب بعضهم إلى أنّ الخيار حينئذ على الفور فلو زال عنه الاكراه فلم يفسخ العقد بعده على وجه الفور يسقط خياره. وذهب آخر إلى أنه يسقط بغير الافتراق من المسقطات. وثالث ذكر أنه يسقط بالتفرق عن مجلس زوال الاكراه.

وقد أورد على هذا القول الثالث شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بأنّ الأدلة إنما دلت على أنّ المكره محكوم بالخيار وأنه لا يسقط بالاكراه، وأما أنّ المجلس باقٍ

(١) المكاسب ٥: ٧٩.

فهو مما لا يستفاد من الأدلة ، وعليه فلا نصّ على غاية ذلك الخيار ، وسيأتي تفصيل الكلام في خيار الغبن[١] وأنه إذا لم يرد دليل على غاية خيار فهل يتمسك بعد مقدار من الزمان الذي تمكّن فيه من الفسخ بعمومات أدلة اللزوم ، لأنّ المقدار المتيقّن ممّا خرج عنها هو الآن الأول الذي يتمكّن فيه من الفسخ ، أو يتمسّك فيه باستصحاب الخيار على الخلاف في أنه إذا ورد مخصّص على عام في زمان فهل يتمسّك بعد ذلك الزمان بالعموم أو باستصحاب حكم المخصّص ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ويمكن أن يقال : إنّ هذه المسألة غير مبتنية على مسألة التمسّك بالعام أو بالاستصحاب بعد زمان التخصيص على ما سيأتي تفصيله في خيار الغبن ، وذلك لكفاية إطلاقات الخيار في المقام من دون حاجة إلى الاستصحاب .

وتوضيح ذلك : أنه إذا بنينا على أنّ مطلق الافتراق لا يوجب سقوط الخيار إمّا من جهة الاجماع على اعتبار الاختيار في التفرّق ، أو من جهة صحيحة فضيل التي قيّدت الافتراق بخصوص الافتراق الاختياري ، أو من جهة حديث الرفع الدالّ على أنّ الافتراق عن إكراه كلا افتراق ، أو من جهة دعوى الانصراف إلى خصوص الحصّة الاختيارية من الافتراق ، وكيف كان فقد قيّدنا الافتراق المسقط للخيار بأمر وجودي وهو كونه عن اختيار كما إذا اعتمدنا على الصحيحة أو الانصراف ، أو بأمر عدمي وهو كونه لا عن اكراه كما إذا تمسّكنا بحديث الرفع ، ومن المعلوم أنّ الافتراق عن اختيار أمر وحداني والمفروض عدم تحقّقه إلى زمان ارتفاع الاكراه لأنّ ما تحقّق حينئذ إنّما هو مجرد الافتراق وقد عرفت أنه بمجرده لا يسقط الخيار ، وأنّ الغاية للخيار هي الحصة المقيّدة بالرضا والاختيار ، وهي غير

---

(١) في الصفحة ٤١٠ وما بعدها مبحث فورية خيار الغبن .

حاصلة إلى زمان ارتفاع الاكراه ، فإلى هذا الزمان لم تحصل غاية الخيار ، وأما بعد زمان الزوال وارتفاع الكره فلا يمكن أن تحصل تلك الغاية المتقدّمة وهي الافتراق الاختياري ، وذلك لأنّ الافتراق إنّما يطرأ على الاجتماع لا على الافتراق ، فالمفترق لا يفترق ، وبما أنّهما مفترقان بالحس والعيان من جهة الاكراه فلا يعقل أن يتّصفا بالافتراق بعد ذلك أيضاً ، وعليه فالخيار مستمر إلى أن يحصل هناك شيء آخر من المسقطات .

وأمّا الافتراق فهو لا يمكن أن يكون غاية في المقام لعدم تعقّل الافتراق بعد الافتراق ، وقد دلّت إطلاقات أدلّة الخيار على أنّهما بالخيار إلى زمان الافتراق والافتراق غير متحقّق في المقام بل ولا يتحقّق أصلاً ، فخيارهما باقٍ إلى أن يطرأ عليه أحد المسقطات الأُخر ، وهذا ظاهر .

وبالجملة : أنّ مقتضى عمومات اللزوم أنّ المعاملة محكومة باللزوم في جميع الأزمان ، وقد خرج منه مقدار خاصّ من الزمان إلى أن يحصل الافتراق الاختياري فأدلّة الخيار تقتضي الخيار باطلاقها أو عمومها إلى أن يحصل الافتراق الاختياري أو غيره من المسقطات ، إذ لا عبرة بالافتراق الاكراهي ، والمفروض أنّ الافتراق الاختياري لا يمكن أن يحصل بعد ذلك ، لأنّ الافتراق لا يحصل بعد الافتراق ، فلابدّ في سقوطه من طروّ شيء من سائر المسقطات ، وكيف كان فليس المقام من موارد التمسك بالاستصحاب أو بعموم العام المقتضي للزوم .

المسقط الرابع : التصرّف

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ من جملة المسقطات لخيار المجلس

---

(١) المكاسب ٥ : ٨١.

التصرف على ما سيأتي تفصيله في خيار الحيوان[١] إن شاء الله تعالى، ولم يرد بذلك نصّ في خصوص المقام، وإنّما ورد[٢] في خيار الحيوان أنه إذا أحدث المشتري فيما اشتراه حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه فلا شرط أي فلا خيار، وقد تعدّوا من ذلك إلى المقام وإلى خيار الشرط وذكروا أنه إذا تصرف في المبيع فهو يوجب سقوط الخيار، وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في وجه ذلك أمرين :

أحدهما : أنّ قوله (عليه السلام) « فذلك رضى منه » تعليل لسقوط الخيار فكأنّ الجزاء محذوف في الرواية وبعد حذفه أُقيمت العلّة مقامه نظير قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَذَّبُوكَ فَقَدْ كُذِّبَتْ رُسُلٌ مِنْ قَبْلِكَ﴾[٣] ﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللهَ غَنِيٌّ عَنْ الْعَالَمِينَ﴾[٤] وهكذا، وعليه فالرواية هكذا : إذا أحدث المشتري فيما اشتراه حدثاً قبل ثلاثة أيام فيسقط خياره لأنه رضىً منه بالبيع، ويستفاد من عموم التعليل أنّ سقوط الخيار معلول للرضا بالمعاملة، وعليه فهذا التعليل يجري في المقام أيضاً.

وثانيهما : أنّ قوله (عليه السلام) « فلا شرط » يوجب نفي مطلق الشرط والخيار بعد إحداث الحدث في المبيع من دون خصوصية لخيار الحيوان والمجلس وغيرهما، ثم عقّبه بقوله فتأمّل، والوجه في الأمر بالتأمّل ظاهر، وهو أنّ الامام (عليه السلام) إنما هو بصدد نفي ما أثبته أوّلاً وهو خيار الحيوان ثلاثة أيام، لا أنه في مقام نفي مطلق الخيار، فهذا الوجه لا يرجع إلى محصّل، والعمدة هو الوجه الأوّل.

والظاهر أنه أيضاً لا يثبت ما ادّعاه، وذلك لأن غاية ما يستفاد منه أنّ

---

(١) في الصفحة ١٧٣ فما بعدها.

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤.

(٣) آل عمران ٣ : ١٨٤.

(٤) آل عمران ٣ : ٩٧.

التصرف الكاشف عن الرضا يوجب سقوط الخيار ، فإذا عمل عملاً بقصد إسقاط خياره ورضاه بالبيع بحسب البقاء فلابدّ من الالتزام بكونه مسقطاً لخياره بمقتضى تعليله (عليه السلام) من أنه إذا أحدث في المبيع حدثاً فهو رضىً منه بالبيع فلا خيار بعده ولو في غير خيار الحيوان أي في خيار المجلس ، لأنّ الخيار المجعول فيهما واحد والاختلاف إنما هو بحسب الأمد ، وذلك من جهة ورودهما في رواية واحدة . وأما إذا فرضنا أنه تصرف فيه من دون قصد إسقاط الخيار ولا توجه إلى خياره أصلاً كما لو قبّل الأمة في طريقهما إلى الدار من دون أن يكون ذلك من جهة قصد إسقاط الخيار أو الرضا بالبيع بقاء بل إنما يأتي بها إلى داره ليتروّى بعد ذلك ، ففي مثله لا دليل على أنه مسقط للخيار ، إذ المفروض أنه غير كاشف عن الرضا بالبيع بحسب البقاء ، نعم لابدّ من الالتزام به في خصوص خيار الحيوان فيما إذا قلنا بدلالة الحدث على سقوط الخيار فيه بمجرد التصرف في المبيع ، وأمّا في غيره من الخيارات كخيار المجلس أو الشرط أو الغبن فلا دليل على أنه يسقط الخيار ، اللهمّ إلّا أن يقوم بذلك إجماع ، فلو تم الاجماع فهو وإلّا فقد عرفت أنّ الرواية لا دلالة لها على المطلب .

الكلام في خيار الحيوان

ثبوت خيار الحيوان في الجملة مما لا إشكال فيه ، وإنما الكلام في بعض خصوصياته . وتوضيح ذلك في عدّة جهات :

الجهة الأُولى : في المبيع وأنه هل المراد بالحيوان هو جميع الحيوانات على نحو الاطلاق خصوصاً بملاحظة قوله (عليه السلام) « في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيّام للمشتري »[1] و « كل » من أدوات العموم ، أو أنّ المراد به هو خصوص الحيوان المقصود حياته ، وأما الحيوان المقصود به لحمه كالجراد المحرز في إناء أو السمك المخرج من الماء وغيرهما مما لا يقصد حياته وإنما يشترى بقصد الجسم واللحم منه دون الجسم والروح ، فهو لا يثبت فيه خيار الحيوان ؟

ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] إلى الثاني ورجّحه على الوجه الأول وتعدّى عن مثل الجراد إلى الحيوان المقصود به لحمه لعارض كالصيد المصاب بجراح عارضة عليه من جهة إصابة السهم أو الكلب المعلّم بحيث كان مشرفاً على الموت ، والتزم في أمثال ذلك بعدم ثبوت الخيار .

ويردّه : أنه إن أراد (قدّس سرّه) من ذلك أنّ الحيوان الذي قصد منه لحمه

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح١ ، ٤ .

(٢) المكاسب ٥ : ٨١.

بشخصه لا يثبت فيه الخيار ، ففيه أنّ الخيار إنما ثبت لعنوان بيع الحيوان ويحتاج تقييده بكونه مما قصد منه الحياة إلى دليل وهو مفقود في المقام ، بل لا يلتزم به هو (قدّس سرّه) فمثلاً إذا أراد بيع خروف في منى لأجل الهدي والذبح بحيث كان المقصود منه هو اللحم ولم يكن مقصوداً بما هو حيوان إلّا أنه بدى له بعد ذلك وقبل انقضاء الثلاثة أيّام فهل يمكن القول بأنه لا يتمكّن من إرجاعه بدعوى أنّ هذا الحيوان غير مقصود بما هو حيوان وإنما قصد بما هو لحم ، وهكذا في الحيوان المشترى لأجل الاطعام الواجب كما في الكفّارة أو غير الواجب ، فهذا ممّا لا يلتزم به ولا دليل عليه .

وإن أراد (قدّس سرّه) أنّ الحيوان الذي لا تقصد منه الحياة بنوعه خارج عن أدلة الخيار نظير السمك والجراد والصيد المصاب المشرف على الهلاك فهو أيضاً كسابقه ممّا لا وجه له بعد عمومية أدلة الخيار وعدم تقييدها بما قصد حياته نوعاً لما عرفت من أنّ الخيار إنما ثبت لعنوان بيع الحيوان ولم يثبت تقييده بما قصد حياته من الحيوانات نوعاً ، ومجرد أنه كذلك نوعاً لا يقتضي اختصاص الخيار بغيره ولعلّه ظاهر ، هذا .

مضافاً إلى أنه لا انضباط لذلك ، بل كل حيوان ربما تقصد منه الحياة تارة وربما يقصد منه لحمه أُخرى كما في السمك فإنه تارة يشترى لأجل الابقاء في الدار وأُخرى لأجل الأكل ، ودعوى أنّ الخيار علّل بنظرة المشتري وهذا لا يأتي في الحيوان المقصود منه لحمه ، مدفوعة بأنه حكمة ولا يدور مداره الخيار . مضافاً إلى أنّ الحكمة نظرة المشتري في أصل البيع لا في المبيع ، والبيع متحقق في الحيوان المقصود به لحمه .

نعم ، الحيوان الذي يشتريه المشتري بما أنّه لحم لا بعنوان أنّه حيوان بحيث يجوز للبائع أن يذبحه ويدفعه إلى المشتري لا يوجب بيعه الخيار لعدم صدق بيع

الحيوان عليه ، لأنه بيع لحم لا بيع حيوان فهو خارج عن أدلة الخيار بـالتخصص ونظير ذلك كثير كما إذا اشترى ما يحرم شراؤه من هياكل العبادة أو كتب الضلال أو غيرهما مما لا يجوز بيعه بعنوان الخشب أو الورق فقد أشرنا في محـلّه إلى أنّ ذلك جائز ، إذ لا يصدق عليه أنه بيع هياكل العبادة ، لأنه بيع خشب أو بيع ورق ، وكذا الحال فيما إذا اشترى ورقاً وقد وضع البائع كتاباً في ضمنه ودفعه إليه بعنوان أنه ورق ثم وجد ذلك الكتاب ناقصاً فإنّ المشتري لا يتمكّن من إرجاعه إلى البائع ومطالبة التام منه ، لأنه إنما اشترى الورق ولم يشتر الكتاب كما هو واضح .

والمتحصّل : أنه لا وجه للالتزام بعدم جريان الخيار في بيع الحيوان الذي لا يشتريه المشتري بداعي إبقائه وحياته ، بل بداعي لحمه بحسب شخص الحيوان أو نوعه .

ثم إنه إذا قلنا بثبوت الخيار في مثل بيع السمك والجراد والصيد المشرف على الهلاك وفي الحيوان المشترى للذبح كما قلنا إنه الصحيح فهل أمد الخيار ومنتهاه هو زمان ذبحه وتلفه ، أو أنه إلى ثلاثة أيام ، أو أنه فوري أو لا أمد له حتى يسقط بمسقط آخر ؟ قد نقل في ذلك وجوه .

والظاهر أنه لا وجه لهذا الاختلاف ولا معنى لجعل الأمد هو زمان التـلف والهلاك ولا لجعله فورياً ، بل الصحيح أنّ الخيار فيه أيضاً إلى ثلاثة أيام ، والوجه فيما ذكرناه : أنّا إمّا أن نقول بعدم شمول أدلة خيار الحيوان لأمثال ذلك ، وإمّا أن نقول بشمولها له ، فعلى الأول فهو من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع ، إذ لا خيار حينئذ حتى يتكلّم في منتهاه ، وعلى الثاني فالمقام نظير غيره من بيع الحيوانات والمفروض أنّ الدليل دل على أنّ الشرط والخيار في بيع الحيوان ثلاثة أيام ، وعليه فلا محيص من الالتزام باستمرار الخيار في المقام أيضاً إلى ثلاثة أيام ما لم يطرأ عليه مسـقط آخر قبلها ، وهذا ظاهر .

الجهة الثانية : هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعيّن والبيع الشخصي ولا يجري في بيع الكلّي ، أو أنه يعمّهما ولا يختص بالبيع الشخصي ؟

ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) إلى اختصاصه بالمبيع المعيّن ونقول : إنّ لبيع الكلّي أقساماً ثلاثة :

وذلك لأنّ الكلّي تارةً من قبيل الكلّي في المعيّن ، وهذا كما إذا كان عنده حيوانات متماثلة من حيث الأوصاف أو فرضناها متولّدة من أب وأم كما في الانسان ، وبالجملة كانت متماثلة من جميع الجهات فباع أحد تلك الحيوانات المحصورة في المعيّن ، والظاهر أنّ هذا القسم ملحق بالبيع الشخصي لاتّحاده معه في الأحكام ، ولعلّ شيخنا الأنصاري أيضاً لم يرد هذا القسم في نفي جريان الخيار كما سيتّضح ذلك إن شاء الله عن قريب .

وأُخرى يكون من قبيل الكلّي في الذمّة على نحو بيع الحالّ كما إذا باع حيواناً موصوفاً في ذمّته على أن يؤدّيه حالاً .

وثالثة يكون من الكلّي في الذمّة على نحو بيع السلم والسلف بحيث لا يتمكّن المشتري من مطالبة البائع بالحيوان فعلاً ، وهذان القسمان هما محل الكلام في جريان الخيار وعدمه ، وأمّا القسم الأول فقد عرفت أنه ملحق بالبيع الشخصي ولا تجري فيه الوجوه المذكورة لعدم جريان الخيار في البيع الكلّي .

ومن ثمّ لم يستشكل شيخنا الأُستاذ(٢) في جريان الخيار في الكلّي في المعيّن وإنّما خصّ الاشكال بالقسمين الباقيين وأفاد في وجه المنع من جريان الخيار في بيع الكلّي بما حاصله : أنّ الخيار لا يمكن جريانه في بيع الكلّي في الذمّة على نحو السلم من

---

(١) المكاسب ٥ : ٨٣ ـ ٨٤ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٥٧ .

جهة أنّ المشتري قبل زمان قبضه ليس مالكاً للحيوان ، لوضوح أنّ الملكية إنّما تتحقّق بعد القبض لا من زمان إنشاء البيع في السلم والسلف ، ففي زمان إنشاء البيع لا ملكية في البيع حتى يحكم عليه بالخيار ، لأنّ الخيار إنّما يثبت بعد كون الملكية مفروغاً عنها لا محالة ، وأمّا بعد القبض فكذلك أيضاً ، وذلك لأنّ ظاهر الأدلّة أنّ الخيار إنما يثبت من زمان البيع لا بعده بمدّة ، وكيف كان فمثل بيع الكلّي على نحو السلم ممّا لا يمكن جريان الخيار فيه ، فإذا لم يثبت الخيار في هذا القسم من أقسام بيع الكلّي فلا يثبت في القسم الثاني منه أيضاً وهو بيع الكلّي على نحو الحال لعدم القول بالفصل في المقام ، هذا مضافاً إلى أنّ الحكمة في جعل الخيار إنّما هي تروّي المشتري في خصوصيات المبيع وهذا لا يأتي في بيع الكلّي لعدم كونه مالكاً لخصوصيات المبيع فيه ، هذا .

وربما يستدلّ لذلك أيضاً بالانصراف كما في كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هذا .

ولا يخفى أنه لا وجه لاختصاص الخيار بالبيع الشخصي أبداً ، إذ لا وجه لدعوى الانصراف بعد مثل قوله (عليه السلام) « في الحيوان كلّه شرط ثلاثة أيام »[1] مع أنّ هذا الخيار إنما ذكر مقترناً بخيار المجلس في قوله (عليه السلام) الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان البيّعان بالخيار ما لم يفترقا[2] ولم يتوهم أحد اختصاص خيار المجلس بالبيع الشخصي مع أنه وخيار الحيوان مذكوران في كلام واحد ، وكيف كان فلا وجه لدعوى الانصراف في المقام .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) من عدم جريان الخيار في الكلّي على

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح١ ، ٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب١ ح٥ (مع اختلاف) .

نحو السلم ولأجله لا يجري في الكلّي على نحو الحال لعدم القول بالفصل ، ففيه أوّلاً : أنه لم يثبت اتّحاد الكلّي الحال والكلّي السلم في الحكم فمن أين علمنا أنّهما في الحكم سواء ، فعلى تقدير صحّة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام لابدّ من التفصيل في بيع الكلّي بعدم جريان الخيار في السلم منه وجريانه في الحال منه .

وثانياً : أنّ ما أفاده في وجه عدم جريان الخيار في السلم غير تام ، وذلك لأنّ البيع إنّما يتم في نظر الشارع في بيع السلم بعد القبض ، وأما قبله فكأنه لا بيع أصلاً ولازم ذلك أن يتحقّق الخيار من زمان القبض في السلم ، لأنه زمان البيع شرعاً .

وبعبارة أُخرى : أنّ أدلّة الخيار إنما تخصّص عموم قوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**[1] ولابدّ في جريان الخيار من ملاحظة أنّ **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** من أيّ وقت يشمل البيع في المقام ، ومن الظاهر أنه إنما يشمل السلم بعد القبض وأمّا قبله فليس البيع فيه لازماً من طرف المشتري وإن كان لازماً من طرف البائع ، وحيث إنّ **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** يشمل السلم من زمان القبض فلا محالة تشمله أدلة الخيار أيضاً من ذلك الزمان ، لأنه الزمان الذي لولا جريان الخيار فيه لحكم عليه باللزوم دون زمان قبل القبض .

وبالجملة : أنّ المقام نظير البيع قبل القبول فكما أنه غير لازم من طرف المشتري قبل القبول فكذلك الحال في المقام قبل القبض . والمتحصّل : أنّ أدلّة الخيار إنما تشمل الكلّي السلم بعد القبض لأنه زمان الحكم بوجوب الوفاء فلم يتم ما أفاده (قدّس سرّه) في السلم حتى نسحبه إلى الكلّي الحال بدعوى عدم القول بالفصل .

وأمّا مسألة عدم جريان الحكمة في بيع الكلّي ففيه : أنّ الحكمة مضافاً إلى عدم لزوم اطرادها لا تختص بالتروّي في خصوصيات المبيع ولعلّه لأجل التروّي

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

في أصل البيع ليرى أنه متمكّن منه أو غير متمكّن ويوافيه ماله أو لا ، ومن الظاهر أنّ ذلك كما يجري في البيع الشخصي يجري في البيع الكلّي أيضاً .

فالمتحصّل : أنّ الخيار لا يختص بالبيع الشخصي بل يجري فيه وفي بيع الكلّي كما عرفت .

الجهة الثالثة : في اختصاص خيار الحيوان بالمشتري وعدمه ، المشهور بين الأصحاب اختصاص خيار الحيوان بالمشتري وأنّ المبيع إذا كان حيواناً فللمشتري خيار ثلاثة أيام وليس للبائع خيار سواء كان الثمن أيضاً حيواناً أم لم يكن ، فإذا فرضنا أنّ الثمن حيوان دون المبيع فلا خيار للمشتري ولا للبائع بوجه .

وعن السيد المرتضى (قدّس سرّه)(١) أنّ الخيار ثابت للبائع أيضاً كالمشتري ولعلّه أول من قال بثبوت الخيار للبائع كما قيل وقد وافقه عليه غيره أيضاً ، وقد ادّعى السيد الاجماع على ذلك أيضاً ، وعن الشهيد في المسالك(٢) وغيره في غيره أنّ الخيار إنما يثبت لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان بائعاً أو مشترياً ، فإذا فرضنا أنّ الثمن حيوان دون المبيع فالخيار للبائع فقط لأنه الذي انتقل إليه الحيوان ، كما أنه إذا انعكس ينعكس ويثبت الخيار لكليهما فيما إذا كان كل من الثمن والمثمن حيواناً ، هذه هي الأقوال في المسألة ، والوجه في اختلافها هو اختلاف الأخبار الواردة في المقام وهي على ثلاثة طوائف :

الطائفة الأولى : ولعلّها خمسة روايات(٣) دلّت على أنّ الخيار للمشتري ثلاثة أيّام وهي بين ما اشتملت على السؤال عن أنّ الشرط في الحيوان ماذا

---

(١) الانتصار : ٤٣٣ المسألة ٢٤٥ .

(٢) المسالك ٣ : ٢٠٠ .

(٣) راجع الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح ١ ، ٢ ، ٤ ، ٥ ، ٨ .

فأجاب (عليه السلام) بأنّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غيره حتى يفترقا ، وبين ما اشتملت على أنّ الشرط في الحيوان نظرة ثلاثة أيام للمشتري بلا سبق سؤال ، وهذه الروايات ظاهرة بل صريحة في اختصاص الخيار بالمشتري وعدم ثبوته للبائع . والأصرح من الجميع في اختصاص الخيار بالمشتري هو صحيحة علي بن رئاب[1] المحكية عن قرب الاسناد حيث سئل فيها الامام (عليه السلام) عن أنّ الخيار للمشتري أو للبائع أو لكليهما ، فأجاب بأنه لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام ، حيث خصّه به دون البائع كما هو ظاهره ، وهذه الأخبار هي مدرك المشهور في اختصاص خيار الحيوان بالمشتري .

الطائفة الثانية : هي صحيحة محمد بن مسلم « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »[2] حيث أثبت خيار الحيوان لكل من البائع والمشتري وقد قارنه بخيار المجلس في ثبوته لهما وسوّى بينهما من تلك الجهة ، فلا فرق بينهما إلّا من حيث أمد الخيار وأنه في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيره إلى أن يفترقا ، ومقتضاها ثبوته للبائع أيضاً كثبوت خيار المجلس له كما ذهب إليه السيد المرتضى وغيره .

الطائفة الثالثة : وهي أيضاً صحيحة أُخرى لمحمد بن مسلم « صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام »[3] وقد روي ذلك بطريق آخر موثّق عن ابن فضال إلّا أنها قيّدت الصاحب بالمشتري حيث قال « صاحب الحيوان المشتري ـ بصيغة اسم

---

(١) وهي الرواية التاسعة من الباب السابق .

(٢) وهي الرواية الثالثة من الباب .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ ح ١ .

الفاعل ـ بالخيار ثلاثة أيام »[1] ومقتضى هذه الصحيحة أنّ الخيار إنما يثبت لمن انتقل إليه الحيوان ، لوضوح أنّ المراد بصاحب الحيوان في الصحيحة ليس هو مالكه قبل المعاملة لظهور المشتق في المتلبّس دون المنقضي عنه التلبّس ، مضافاً إلى صراحة الموثقة في تقييد الصاحب بالمشتري ، فيعلم منه أنّ المراد منه ليس هو الصاحب قبل البيع ، بل المراد هو المالك الفعلي كان هو البائع أو المشتري ، ومن ثم ذهب في المسالك إلى ثبوت الخيار لكل من انتقل إليه الحيوان بائعاً كان أو مشترياً وعليه يمكن فرض ثبوت الخيار للبائع دون المشتري كما إذا كان الثمن حيواناً دون المبيع ، هذا .

ولا يخفى أنّ الطائفة الأُولى بكلا قسميها أعني ما اشتملت على السؤال وما لم تشتمل عليه كما دلّت على ثبوت الخيار للمشتري بمنطوقها دلّت بمفهومها على عدم الخيار للبائع ، وذلك لأنّ الوصف وإن لم يكن له مفهوم إلّا أنه في غير مقام التحديد وأمّا عند التحديد فلا إشكال في أنّ للوصف مفهوماً ، ونظير ذلك ما ذكرناه في أخبار الكر حيث سئل (عليه السلام) عمّا لا يتنجّس بملاقاة النجس ، فقال (عليه السلام) كرّ من الماء ، ولا إشكال في أنّ مفهومه أنّ غير الكرّ لا يحكم عليه بعدم الانفعال ، وفي المقام أيضاً كذلك لأنه (عليه السلام) في مقام تحديد خيار الحيوان حيث سئل عن أنه لمن فهل هو للبائع أو للمشتري أو لهما ، فأجاب (عليه السلام) بأنه للمشتري . وفي آخر قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، فراجع .

وعليه فتعارض الطائفة الثانية الدالّة على ثبوت الخيار للبائع والمشتري لأنّ الطائفة الأُولى تنفي الخيار عن البائع والطائفة الثانية تثبته له ، وتأويل الطائفة الثانية بأنّ المراد ليس ثبوت الخيار للبائع بحياله في مقابل المشتري ، بل المراد ثبوت

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣ / أبواب الخيار ب٣ ح٢ .

الخيار بينهما أي بين المجموع وعدم لزوم العقد ويكفي فيه ثبوته للمشتري فقط مندفع بأنّ المراد بالمتبايعين في كل من خياري المجلس والحيوان واحد وقد ذكرا في رواية واحدة ، ولازم ذلك عدم ثبوت الخيار للبائع في خيار المجلس أيضاً ، وبما أنّ المراد بهما هو كل واحد من البائع والمشتري في خيار المجلس فليكن المراد بهما ذلك في خيار الحيوان أيضاً ، وعليه فالطائفتان متعارضتان ، فلو كانت مجرد كثرة إحدى الروايتين المتعارضتين بلحاظ الأُخرى مرجّحة في المتعارضين لحكمنا بتقديم الطائفة الأُولى لكثرتها ولعلّها خمسة روايات وتلك رواية واحدة ، إلّا أنّا ذكرنا في باب التعادل والترجيح[١] أنّ المراد بالشهرة ليس مجرد كثرة إحدى الروايتين المتعارضتين ، بل المراد بها هو معناها اللغوي أعني المعروف الشائع الثابت ، ولذا استشهد (عليه السلام) في ذيل الرواية بما رواه عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله)[٢] من التثليث وأنّ الأُمور ثلاثة أمر بيّن رشده فيتبع وأمر بيّن غيّه فيجتنب حيث جعل (عليه السلام) الرواية المشهورة من البيّن رشده ، وهذا إنما يتحقّق فيما إذا كانت إحدى الروايتين المتعارضتين مقطوعة السند حتى تكون من البيّن رشده ، ومن الظاهر أنّ الطائفة الأُولى ليست بمقطوعة السند فلا يمكن ترجّحها على الثانية لأجل الكثرة والشهرة ، وعليه فالطائفتان من أوضح مصاديق « إذا جاءكم خبران متعارضان » فلابدّ من الرجوع في العلاج بينهما إلى المرجّحات .

وقد ذكرنا في محلّه[٣] أنّ أوّل المرجّحات موافقة الكتاب والسنّة ، ولا إشكال في أنّ الطائفة الأُولى موافقة لاطلاق الكتاب والسنّة ، وذلك لأنّ مقتضى

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٩٥ .

(٢) الوسائل ٢٧ : ١٥٧ / أبواب صفات القاضي ب ١٢ ح ٩ .

(٣) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٩٨ .

إطلاق قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بكل عقد لكل من المتبايعين وقد خرجنا عن ذلك في خيار الحيوان في المشتري بالقطع الحاصل من تطابق الطوائف الثلاث على ثبوته له ، وأمّا البائع فهو مورد الشك والتردّد ومقتضى الاطلاق لزوم العقد في حقّه ، وكذا إطلاق قوله « فإذا افترقا وجب البيع » في خيار المجلس وغيره من السنّة الدالة على لزوم العقد ، فلا محالة تتقدّم الطائفة الأُولى على الثانية ، ومع جلالة محمد بن مسلم وعظمته تطرح روايته لأجل المعارضة وقواعد العلاج .

وحمل الطائفة الثانية أعني قوله « المتبايعان بالخيار إلى ثلاثة أيام » بقرينة الطائفة الثالثة على صورة كون كل واحد من الثمن والمثمن حيواناً حيث دلّت الطائفة الثالثة على أنّ صاحب الحيوان بالخيار مطلقاً يستلزم انحصار الخيار الثابت لهما بما إذا كان العوضان حيواناً ، وإذن يبقى صورة كون المبيع حيواناً دون الثمن كما هو الغالب أو العكس مسكوتاً عنها مع أنها هي الأولى بالتعرّض ، هذا .

وربما يقال في وجه تقديم الطائفة الأُولى على الثانية أنّ الأُولى مشتملة على التعليل وهو قوله « نظرة ثلاثة أيام » أي لينتظر ثلاثة أيام ، وظهوره في المشتري أقوى من ظهور المتبايعين في إرادة كل واحد منهما فتتقدّم عليه .

وفيه : أنّ المراد بالنظرة المدّة والامهال لا التنظّر الخارجي ، فلا تعليل في شيء من الطائفتين حتى يكون ظهوره أقوى من ظهور المتبايعين . والمتحصّل : أنّ الطائفة الأُولى متقدّمة على الطائفة الثانية من جهة موافقتها للكتاب والسنّة دون الثانية ، هذا .

مضافاً إلى ما ربما يقال : من أنّ الطائفة الثانية المنحصرة في رواية محمّد بن مسلم ممّا أعرض عنها الأصحاب ، وأنّ الطائفة الأُولى مشهورة ومخالفة للعامة وأمّا الطائفة الثالثة أعني ما دلّ على أنّ صاحب الحيوان بالخيار المستفاد من

صحيحة أُخرى لمحمد بن مسلم فهي وإن كانت بظاهرها تقتضي ثبوت الخيار لكل من انتقل إليه الحيوان إلّا أنّ الصاحب في موثقة ابن فضال قد قيّد بالمشتري بصيغة الفاعل أو بالمشترى بصيغة المفعول على ما احتمله شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) وعلى أي حال سواء كان وصفاً للصاحب أم كان وصفاً للحيوان فهو منحصر بالمشتري ولا يشمل البائع ، وحمل المطلق على المقيد وإن كان لا يجري في الأحكام الانحلالية لوضوح أنه إذا ورد الخمر حرام ثم ورد أنّ الخمر المتّخذ من العنب حرام لا يمكن رفع اليد عن إطلاق الأول بالثاني ، إلّا أنّ الأخبار لمّا كانت واردة في مقام التحديد وعلمنا أنّ الحد أحدهما فلا محالة يحمل المطلق على المقيّد منهما . هذا على تقدير تمامية الموثقة ، ومع الاغماض عن ذلك فتتعارض الطائفة الثالثة مع الطائفة الأُولى ويدور الأمر بين حمل تقييد الخيار بالمشتري في الطائفة الأُولى على الغالب بأن نقول إنّ الخيار يثبت في حق كل من انتقل إليه الحيوان وإنما قيّد بالمشتري في الطائفة الأُولى من جهة أنّ الغالب في من ينتقل إليه الحيوان هو المشتري ، إذ الغالب أن يكون المبيع حيواناً ، وبين حمل صاحب الحيوان في الطائفة الثالثة على الغالب بأن ندّعي أنّ الخيار يختص بالمشتري وإنّما عبّر عنه بالصاحب في الطائفة الثالثة من جهة أنّ الغالب في صاحب الحيوان هو المشتري ، لأنّ المبيع هو الذي يكون حيواناً غالباً ، وهذان الاحتمالان متساويان ولا ترجيح لأحدهما على الآخر .

فما عن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الغلبة قد تكون بحيث توجب حمل التقييد على مورد الغالب (وهو تقييد ذي الخيار بالمشتري) ولا توجب حمل الاطلاق عليه أي على الغالب ، ممّا لا محصّل له في المقام ، لما عرفت من أنّ الأخبار في مقام بيان الضابط ، ولا إشكال في أنّ أخذ قيد لا مدخلية له في الضابط لغو

---

(١) منية الطالب ٣ : ٥٨ .

ظاهر ، فلا يمكن حمل التقييد على الغالب ، بل الاحتمالان متساويان ومع الشك في ثبوت الخيار للبائع مقتضى العمومات لزوم العقد بالاضافة إليه ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الطائفة الثالثة لا يمكن أن تعارض الطائفة الأُولى أي تكافئها ، لتقدّمها عليها من جهة أنّ الطائفة الأُولى في مقام التحديد وإعطاء الضابط فدلالتها على اختصاص الخيار بالمشتري أقوى من دلالة الطائفة الثالثة على ثبوته لكل من انتقل إليه الخيار ، وعليه فما ذهب إليه المشهور من اختصاص خيار الحيوان بالمشتري هو الصحيح .

عدم اختصاص الثلاثة بغير الأمة

قد عرفت أنّ خيار الحيوان وهو ثلاثة أيام يختص بالمشتري ، وهذا من دون فرق بين أقسام الحيوانات وأصنافها ، فلو باع أمة فللمشتري خيار ثلاثة أيام لأنها أيضاً من أقسام الحيوان ، هذا .

وقد خالف في ذلك صاحب الغنية[1] على ما حكي عنه ، كما حكي عن الحلبي[2] حيث ذهبا إلى أنّ مدّة الخيار في الأمة مدّة استبرائها ، وهذا هو الذي يستفاد من نصّ عبارة الغنية ، وأمّا غيرها فلم يصرّحوا بذلك وإنما يستفاد ذهابهم إلى هذا القول من جهة حكمهم بضمان البائع لها أي للأمة مدّة استبرائها ، وضمان البائع للمبيع يلازم ثبوت الخيار للمشتري ، وبما أنهم حكموا بضمانه إلى آخر أمد استبرائها فيعلم من ذلك أنّ مذهبهم هو استمرار الخيار إلى ذلك الزمان .

وكيف كان ، فلم يظهر على ما ذهبوا إليه دليل ، وهذا من دون فرق بين أن

---

(١) الغنية : ٢١٩ .

(٢) الكافي في الفقه : ٣٥٣ .

يكون مدركهم هو ضمان البائع للأمة في مدّة استبرائها أو يكون مدركهم أمراً آخر لأنّ الحكم بضمان البائع في تلك المدة لا يلازم الحكم بثبوت الخيار للمشتري في زمان استبرائها ، فلعلّ الضمان مستند إلى أمر آخر ولم تثبت ملازمة بين ضمان البائع وخيار المشتري ، وإنما الملازمة بين ثبوت الخيار للمشتري وثبوت الضمان للبائع دون العكس كما في المقام .

وبالجملة : أنّ مدركهم لو كان هو ذلك فالمعنى باطل ، كما أنّ مدركهم إذا كان غيره فلم يظهر لنا ذلك ، وعليه فلا وجه للتفرقة بين الأمة وغيرها من أقسام الحيوان في أمد الخيار .

مبدأ خيار الحيوان

ظاهر الروايات الواردة في المقام أنّ مبدأ ثلاثة أيام في بيع الحيوان هو زمان تمامية العقد ، وذلك لأنّ مقتضى الأخبار هو اتحاد خياري المجلس والحيوان من تمام الجهات ولا اختلاف بينهما إلّا من جهة المنتهى ، فإنّ الأول ينتهي بانتهاء المجلس والثاني ينتهي بانتهاء ثلاثة أيام ، ولا اختلاف بينهما بحسب المبدأ بوجه ، فكما أنّ مبدأ خيار المجلس هو حين العقد فكذلك مبدأ خيار الحيوان ، بمقتضى تسوية الأخبار بين الخيارين كما تقدّم .

وعن الشيخ[1] والحلّي[2] أنّ مبدأ خيار الحيوان هو حين التفرّق وزوال خيار المجلس على ما يقتضيه كلامهما في خيار الشرط فراجع ، وعلى ذلك فلا يمكن أن يكون زمان خيار المجلس أطول من زمان خيار الحيوان بمعنى أن يتّحدا في زمان

---

(١) المبسوط ٢ : ٨٥.

(٢) السرائر ٢ : ٢٤٧.

ثم يرتفع خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس ، وذلك لأنّ مبدأ هذا الخيار كما عرفت إنّما هو بعد انقضاء زمان المجلس ، وهذا بخلاف ما إذا قلنا إنّ مبدأه من حين تمامية العقد فانه ربما يكون زمان امتداد خيار الحيوان أقصر من زمان خيار المجلس وهذا كما إذا فرضنا محبوسين في مكان واحد تبايعا ومضت عليه ثلاثة أيام حيث إنّ بانقضائها ينقضي خيار الحيوان مع أنّ خيار المجلس بحاله لعدم التفرّق الذي جعل غاية للخيار .

وكيف كان ، فقد عرفت أنّ ظاهر الروايات الواردة في خيار الحيوان هو أنّ مبدأ ذلك الخيار من حين تمامية العقد ، وعليه فلا يمكن الخروج عمّا يقتضيه ظاهر الأدلّة إلّا بدليل آخر ، وقد ذكروا في الخروج عمّا يقتضيه الدليل وجوهاً ثلاثة :

الوجه الأوّل : الأصل العملي وهو الاستصحاب بتقريبين :

أحدهما : استصحاب بقاء الخيار وعدم ارتفاعه بعد مضي ثلاثة أيام من زمان العقد بمقدار بقاء المجلس ، فإذا فرضنا أنّ المجلس كان باقياً بمقدار يوم فبعد مضي ثلاثة أيام من زمان العقد يجري استصحاب بقاء الخيار في اليوم الرابع ، كما أنّ مقدار خيار المجلس إذا كان ساعة فنجري استصحاب بقائه بعد مضي الثلاثة من زمان العقد في تلك الساعة .

وثانيهما : استصحاب عدم حدوث الخيار قبل انقضاء المجلس .

ولا تخفى عليك المناقشات في كلا التقريبين والاستصحابين .

أمّا الأول فيرد عليه أوّلاً : أنّ ذلك مبني على جريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية وعدم معارضته باستصحاب عدم الجعل في أكثر من المقدار المتيقّن وهو زمان الشك ، وقد ذكرنا عدم جريانه في الأحكام الكلّية لابتلائه بالمعارض دائماً ، وعليه فلا يصح إجراء الاستصحاب في بقاء الخيار بعد ثلاثة أيام لمعارضته باستصحاب عدم جعل الخيار في أكثر من ثلاثة أيام بعد زمان العقد .

وثانياً : أنّ جريان الاستصحاب في بقاء الخيار في المقام مبني على عدم اختصاص الاستصحاب بالشك في الرافع وجريانه عند الشك في المقتضي بناء على تفسير الاقتضاء بما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] وهو أن يكون الشك في بقاء شيء بحسب عمود الزمان مع قطع النظر عن وجود شيء كان معدوماً أو عن عدم شيء كان موجوداً ، بل هو بنفسه بحسب استمرار الزمان مشكوك البقاء لأنه بحسب استمرار الزمان ينصرم وينعدم بنفسه مع قطع النظر عن حدوث شيء في العالم وارتفاعه ، كما أنّ المناط في الشك في الرافع أن يكون الشك في البقاء ناشئاً من جهة الأُمور الخارجية لا من جهة عمود الزمان نظير الطلاق في النكاح الذي نعلم ببقائه لولا حدوث ذلك الطلاق ، فإذا شككنا في غاية شيء من الأحكام أو من غيرها فلا يمكننا استصحابه ، لأنّ الشك فيه في المقتضي لأجل الشك فيه بحسب عمود الزمان ، فبناء على ذلك لا يجري الاستصحاب في المقام ، لأنّ بقاء الخيار بعد انقضاء ثلاثة أيام مشكوك بحسب عمود الزمان بمعنى أنّا نحتمل أن يرتفع الخيار بنفسه بمرور الزمان وإن لم ينقلب شيء في العالم من الوجود إلى العدم ولا من العدم إلى الوجود نعم لا بأس بجريان الاستصحاب على مذاق صاحب الكفاية وغيره ممّن يرى الاستصحاب جارياً في كل من الشك في الرافع والشك في المقتضي .

وأمّا الثاني : فلأجل أنه لا يترتّب على عدم جعل الخيار قبل انقضاء المجلس أثر شرعي ، وأمّا كون مبدأ الخيار هو زمان التفرّق فهو لازم عقلي لعدم جعل الخيار قبله ، نعم لو كان لعدم جعل الخيار قبله أثر شرعي لكنّا حكمنا بثبوته بهذا الاستصحاب (وهذا كما إذا مات أحد المتبايعين قبل انقضاء المجلس فإنّا نحكم بعدم استحقاق الورثة للخيار وبلزوم العقد بهذا الاستصحاب) إلّا أنّ الكلام في إجرائه

---

(١) راجع أجود التقريرات ٤ : ٢٧ .

لاثبات أنّ المبدأ هو التفرّق وهو الأثر المرغوب في المقام ، وقد عرفت أنّ الاستصحاب بالاضافة إليه مثبت ، هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الأصل لا يجري مع الدليل وقد عرفت أنّ مقتضى الأدلة أنّ مبدأ الخيار هو حين العقد لا زمان انقضاء الخيار ، وهذا ظاهر .

الوجه الثاني : أنّ قاعدة كون تلف الحيوان في الثلاثة من البائع تقتضي أن يكون مبدأ الخيار هو زمان التفرّق ، لأنّ الخيار حينئذ يختص بالمشتري وكل مبيع تلف في زمان الخيار فهو ممن لا خيار له فيحكم على البائع بالضمان ، لأنه الذي لا خيار له في البين ، وهذا بخلاف ما إذا كان مبدؤه حين العقد لأنّ الخيار حينئذ مشترك بين البائع والمشتري ، وتلف المبيع في زمان الخيار المشترك من مال المشتري لا من البائع مع أنّك عرفت أنّ مقتضى القاعدة أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع ، فلو كان مبدؤه حين العقد لكانت تلك القاعدة معارضة بقاعدة كل مبيع تلف في زمان الخيار المشترك فهو من مال المشتري ، هذا .

ولا يخفى أنّ مقتضى القاعدة الأوّلية أن يكون تلف كل مال من ملك مالكه ويكون هو الضامن لماله ، إذ لا معنى لضمان شخص لمال شخص آخر عند تلفه من دون أن يكون في البين سبب للضمان من اليد والاتلاف ونحوهما ، والخروج عن هذه القاعدة الأوّلية يحتاج إلى دليل ، وقد خرجنا عنها فيما إذا تلف المبيع في زمان خيار المشتري حيث حكمنا فيه بضمان البائع للمبيع مع أنه تلف في ملك المشتري بمقتضى الروايات الواردة في ذلك . وكيف كان فضمان غير المالك ملك آخر هو الذي يتوقّف على دليل ورواية . وأمّا قاعدة أنّ كل مبيع يتلف في زمان الخيار المشترك فهو من مال المالك المشتري فهي على طبق القاعدة وليست مدلول دليل ولا آية أو رواية لما عرفت من أنّ مقتضى القاعدة الأوّلية أن يكون ضمان كل مال على مالكه لا على شخص آخر ، وبما أنّ المشتري مالك للمال في زمان الخيار المشترك فلذا حكمنا

بضمانه .

إذا عرفت ذلك فنقول : إذا تلف الحيوان قبل انقضاء ثلاثة أيام فقد عرفت أنّ مقتضى الروايات أنه من مال بائعه ، فإذا تمسّكنا باطلاق تلك الروايات حيث إنّ إطلاقها يقتضي أن يكون تلفه في ثلاثة أيام من مال البائع سواء كان قبل انقضاء المجلس أم كان بعده ، فلازمه أن يحكم بضمان البائع للمبيع سواء كان التلف قبل انقضاء المجلس أم بعده ، ولا تعارضه قاعدة أن تلف المبيع في زمان الخيار المشترك من مال المشتري ، وذلك لما عرفت من أنّ ذلك ممّا تقتضيه القاعدة الأوّلية ولم ترد فيها آية ولا رواية حتى تعارض الرواية الدالّة على خلاف القاعدة وأنّ تلف الحيوان في ثلاثة أيام من البائع ، وبما أنها مطلقة ولا معارض لها فلا محيص من الأخذ بها .

وبعبارة أُخرى : أنّا كما خرجنا عمّا تقتضيه القاعدة الأوّلية في القاعدة الأُولى أعني كون تلف المبيع على من لا خيار له بالروايات ، فكذلك نخرج عمّا تقتضيه القاعدة الأوّلية في المقام باطلاق الرواية الدالّة على أنّ تلف الحيوان من البائع مطلقاً أي ولو كان في زمان الخيار المشترك ، ولا وجه لحمل الرواية الدالّة على أنّ تلف الحيوان في ثلاثة أيام من البائع على الغالب كما ذكره شيخنا الأنصاري حيث حملها على صورة انقضاء المجلس لأنها الغالب ، والوجه فيما ذكرناه ما أشرنا إليه مراراً من أنه لا وجه لحمل المطلقات على الغالب سيّما في أمثال المقام ممّا لا يكون الطرف الآخر ملحقاً بالنادر .

وفي المقام ليست صورة تلف المبيع قبل انقضاء المجلس نادرة ، لأنه كثيراً ما يتّفق تلف الحيوان بعد البيع قبل التفرّق بآفة سماوية أو غيرها . نعم صورة التلف بعد الانقضاء أكثر إلّا أنّ كون التلف في زمان المجلس الذي هو ساعة مثلاً أقل من التلف بعد الانقضاء الذي هو ساعات كثيرة لا يوجب انصراف الرواية عنه وإلّا فكلّ

ساعة ولو بعد الانقضاء في مقابل مجموع الساعات الأُخر بعد الانقضاء يكون التلف فيها أقل من مجموع الساعات التي في مقابل تلك الساعة ، وهذا لا يوجب حمل الرواية على غير تلك الساعة ، والوجه فيه أنه لا وجه لقياس ساعة إلى مجموع الساعات التي في مقابلها ، بل لابدّ من ملاحظة كل ساعة ومقايستها بساعة أُخرى وحينئذ فلا إشكال أنّ ساعة زمان المجلس كالساعة بعد الانقضاء لا يكون التلف في إحداهما أكثر من الأُخرى فلا وجه للحمل على الغالب ، بل لابدّ من أن يؤخذ باطلاقها ولا تعارضه القاعدة الثانية كما عرفت .

الوجه الثالث : أنّ اجتماع سببين وعلّتين على معلول واحد وسبب فارد غير صحيح ، فكيف يمكن أن يكون الخيار الواحد مستنداً إلى علّتين من المجلس والحيوان ، وقد عبّر عنه بعضهم باجتماع المثلين وقال إنّ اجتماعهما كاجتماع الضدّين مستحيل ، وعليه فيتعيّن أن يكون مبدؤه بعد انقضاء المجلس حتى لا تجتمع العلّتان على معلول واحد .

وهذا الوجه لا يحتاج إلى الجواب بعد وضوح أنّ اجتماع خيارين أو أكثر غير عزيز ولا باطل ، وهذا نظير اجتماع خياري الغبن والمجلس وخياري الغبن والشرط وهكذا ، فلا محذور في الجمع بينهما أبداً ، هذا .

وتحقيق الكلام في المقام أن يقال : إنّ العلّة الفاعلية للأحكام الشرعية تكليفية كانت أم وضعية ليست هي الموجودات الخارجية كالعقد والملاقاة والزوال وغيرها من الموضوعات ، بل العلّة الفاعلية للأحكام نظير غيرها من الأفعال هي اختيار الشارع وإرادته كما في غير الأحكام من أفعاله الاختيارية . نعم لابدّ وأن يكون اختياره للنجاسة عند الملاقاة أو الوجوب عند شرطه مستنداً إلى وجه ومصلحة حتى يخرج بذلك عن اللغوية ويصبح قابلاً لأن يصدر من الحكيم ، إذ لولا تلك المصلحة لاختيار الحكم بالنجاسة لما كان لاختياره لها دون الحكم بالطهارة أو

الحكم بالوجوب وجهاً . وكيف كان فلا محيص من فرض مصالح وأغراض تدعو إلى اختيار الشارع وإرادته للأحكام ، إلّا أنّ العلّة الفاعلية لأحكامه هـو إرادتـه واختياره ، وعليه فلا يمكن أن تكون الاُمور الخارجية كالعقد والملاقاة ونحوهما علّة للأحكام بوجه .

فإن اُريد حينئذ بالأسباب تلك الموجودات والاُمور الخارجية فهي ليست سبباً أي علّة للأحكام ولا معرّفات إليها ، بل هي أعني تلك الاُمـور الخـارجـية خارجة عن العلّية والمعرّفية للأحكام رأساً .

وإن اُريد بها الموضوعات للأحكـام التي نسـبتها إليهـا كـنسبة العـلل إلى معاليلها بمعنى تحقّق الأحكام وفعليتها عند تحقّق مـوضوعاتها ، فـهو وإن كـان لا بأس به إلّا أنها أسباب للأحكام بهذا المعنى أي موضوعات لها لا عـلل لهـا ولا معرّفات إليها ، لبداهة أنّا إذا قلنا السفر يوجب القصر في الصلاة فظاهره أنّ السفر بنفسه موضوع لوجوب القصر لا أنه معرّف للموضوع كما لا يخفى .

وبالجملة : أنّ الموضوعات خارجة عن العلل والمعرّفات ، وحينئذ إذا تعدّد الموضوع في مورد فان كان الحكم أيضاً قابلاً للتعدّد بأن يترتّب على كل واحد من الموضوعات حكم غير الحكم المترتّب على الموضوع الآخر كما في الكفّارة الناشئة من الجماع في نهار شهر رمضان والافطار فإنّهما يستدعيان كفّارتين فلا محالة يلتزم بهما معاً فيجب عندهما كفّارتان ، ونظيرها باب الأحداث إذا استفدنا من الأخبار أنّ كل واحد من الجماع ومسّ الميّت وغيرهما من الموجبات يقتضي غسلاً واحداً فانه لا مانع حينئذ من الالتزام بوجوب غسلين عند اجتماع سببين للغسل ، وأمّا إذا لم يكن الحكم قابلاً للتعدّد كما في المقام فإنّ الملكية الاعتبارية للفسخ أعني الخيار غير قابلة للتعدّد فإنّها نظير ملكية شيء آخر من الكتاب أو العباء فهل يمكـن أن يتملّك الانسان الكتاب بملكين ، بل ليست الملكية الاعتبارية قابلة للاشتداد أيضاً

فضلاً عن التعدّد ، فحينئذ لابدّ من الالتزام بتداخل الأسباب وكونها مؤثّرة في الحكم على نحو الاجتماع نظير اجتماع العلل الخارجية على معلول واحد حيث إنه يستند إلى مجموع العلّتين أو العلل .

فالمتحصّل : أنه لا مانع من اجتماع سببين أي موضوعين لحكم واحد أبداً وهذه المسألة أعني مسألة أنّ الأسباب الشرعية علل أو معرّفات كثيرة الدوران في الأبحاث الفقهية والأُصولية ، وقد ذكرنا في الموارد المناسبة أنّ العلل الفاعلية للأحكام الشرعية هي إرادة الشارع دون الأُمور الخارجية كما عرفت ، وعليه فهذا الاشكال أيضاً غير وارد ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّ هذا الايراد غير وارد من أساسه ، فانه إنما يتوجه فيما إذا بنينا أنّ في المقام خيارين متعدّدين وهما خياري المجلس والحيوان فحينئذ يمكن أن يقال إنّ السببين أعني المجلس والخيار كيف يجتمعان على مسبّب واحد وهو الخيار ، وأمّا إذا قلنا إنّ الخيار واحد في البين أي في حقّ المشتري كما أنّ المجعول في حقّ البائع خيار واحد غير هذا الخيار وليست هناك أسباب متعدّدة فلا يتوجّه هذا الاشكال أبداً .

وتوضيح ذلك : أنّ خيار المجلس والحيوان لا يجتمعان في مورد واحد ، لأنّ هذين العنوانين اصطلاحان من أهل الفن وليس منهما في الروايات عين ولا أثر وإنّما الموجود فيها هو أنّ « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »(١) وفي بيع الحيوان « المشتري بالخيار ثلاثة أيام »(٢) ولم يدل دليل على أنّ المشتري في بيع الحيوان بالخيار إلى أن يتفرّقا وبالخيار إلى ثلاثة أيام ، نعم البائع بالخيار في بيع الحيوان إلى

---

(١) راجع الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ ح ١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب ٣ ح ٢ .

أن يتفرّقا ، وأمّا المشتري فهو بالخيار إلى ثلاثة أيام وليس له الخيار إلى أن يتفرّقا وهذا الذي ذكرناه هو مقتضى الجمع بين الروايات الواردة في المقام .

وبيان ذلك : أنّ مقتضى الأخبار الواردة في خيار المجلس أنّ « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » وهذه الروايات مطلقة وبإطلاقها تشمل صورة كون المبيع حيواناً أيضاً ، وقد أثبتت الخيار لكل من البائع والمشتري ، كما أنّ مقتضى صحيحة محمّد بن مسلم[1] الواردة في خيار الحيوان أنّ المتبايعين بالخيار إلى ثلاثة أيام ، في بيع الحيوان وفي غيره إلى أن يتفرّقا ، ولازمه أن يكون كل من البائع والمشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام وإلى زمان الافتراق ، إلّا أنّك عرفت عدم قابليتها للاعتماد ولمعارضتها بروايات أُخرى دلّت على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ، فلا يمكن التمسك بها لا محالة ، ومقتضى رواية الفضيل التي سئل (عليه السلام) فيها عمّا هو الشرط في الحيوان فقال (عليه السلام) « ثلاثة أيام للمشتري ، وعمّا هو الشرط في بيع غير الحيوان قال : البيّعان بالخيار ما لم يفترقا إنّ المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام »[2] وهذه الرواية كما ترى إنما تثبت الخيار ثلاثة أيام للمشتري في بيع الحيوان ، وأمّا أنّ البائع له خيار إلى أن يتفرّقا أو لا خيار له إلى زمان التفرّق فالرواية ساكتة عنه ، وعليه فيبقى البائع تحت إطلاقات قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » وكذا الحال في طرف المشتري فإنّ الرواية لا تنفي خيار المشتري إلى أن يتفرّقا ، فلا محالة يبقى تحت إطلاقات الأخبار .

وأمّا صحيحة محمّد بن مسلم الثانية وهي « البيّعان بالخيار حتى يفترقا

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب١ ح٣ ، وأورد قطعة منها في ص١١ ب٣ ح٥ .

وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام »[١] فمقتضاها أنّ المتبايعين بـالخيار إلى زمان الافتراق في جميع أفراد البيع ، وإنّما خـرج المشـتري عـن هـذا الخـيار في خصوص بيع الحيوان ، ولازمها أنّ البائع باقٍ تحت إطلاقات « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا » حتى في بيع الحيوان ، وإنما خرج المشتري عن هذا الخيار وثبت له الخيار إلى ثلاثة أيام ، فليس هناك دليل يدل على أنّ المشتري كالبائع في بـيع الحـيوان بالخيار إلى زمان الافتراق حتى يقال قد اجتمع في المشتري سببان للخيار المجلس والحيوان وهو من باب اجتماع العلل المتعدّدة على معلول واحد ، بل قد عرفت أنّ المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام ولا خيار له غـيره ، والبـائع بـالخيار إلى زمـان الافتراق ولا خيار له غيره ، فأين اجتماع العلل على معلول واحد ، وقد عرفت أنّ تسمية أحدهما بخيار المجلس والآخر بخيار الحيوان اصطلاح نشأ من عندنا وليس منه في الأخبار عين ولا أثر ، وعليه فالخيار واحد وهو في حق البـائع إلى زمـان الافتراق وفي حق المشتري إلى ثلاثة أيام في بيع الحيوان .

فالمتحصّل من جميع ما ذكرناه في المقام : أنّ مبدأ خيار الحيوان كمبدأ خيار المجلس من حين تمامية العقد ، ولا يتوجّه عليه إشكال .

بقي الكلام في أمر قد نبّهنا عليه في خيار المجلس ، وهو أنّ مبدأ هذا الخيار هل هو زمان تمامية إنشاء العقد أو أنه زمان حصول الملكية ، وتظهر ثمرة الخلاف في موردين :

أحدهما : بيع الفضولي فيما إذا باع حيواناً فضولاً وقلنا بالنقل في الاجـازة فانه على القول بأنّ مبدأ الخيار هو زمان تمامية مجرد العقد فثلاثة أيام لابدّ من أن تحسب من زمان العقد ، وعلى القول بأنّ مبدأه زمان حصول الملكية فالثلاثة تحسب

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ ح ١ .

من زمان الاجازة ، لأنه زمان حصول الملكية .

وثانيهما : بيع السلم فيما إذا تبايعا على نحو السلم ولم يقبض ، فإنّ الخيار على القول الأول يحسب من زمان العقد وعلى الثاني يحسب من زمان القبض ، وهذا ظاهر .

وقد نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] عن بعض معاصريه ولعلّه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) أنّ المبدأ هو زمان حصول الملك ، ورتّب عليه أنه إذا أسلم حيواناً في بيع طعام وقلنا إنّ الخيار لا يختص بالمشتري بل يثبت في حق البائع أيضاً يكون مبدأ الخيار للبائع زمان القبض لا محالة ، لأنه زمان حصول الملكية دون زمان العقد ، وقد قوّى شيخنا الأنصاري هذا الوجه أيضاً .

وهناك قول ثالث وهو أن يكون المدار على زمان تحقّق البيع وصدق البيّع على المتعاملين دون زمان العقد ولا زمان الملكية ، فإذا باع حيواناً فضولاً وقلنا بالكشف على المعنى المختار وهو أن تكون الاجازة موجبة للحكم بالملكية السابقة من الآن أي من زمان الاجازة ، فلا محالة يكون مبدأ الخيار هو زمان الاجازة لا زمان الملكية السابقة ولا زمان العقد ، وذلك لأنّ زمان الاجازة هو الزمان الذي ينتسب البيع فيه إلى البائع ويصدق على المتعاملين عنوان البيّعين دون زمان الملكية ولا زمان العقد كما هو ظاهر ، وقد دلّت الأخبار على أنّ « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام » حيث أُخذ في موضوع الخيار عنوان البيّع كما عرفت ، وهذا العنوان إنّما يحصل في زمان الاجازة لا في زمان الملك على المختار في معنى الكشف .

ومن هنا لو قلنا بصحة البيع فيما إذا باع فعلاً داره من السنة المتقدّمة بأن

---

(١) المكاسب ٥ : ٩٤ .

تكون الملكية من السنة السابقة ببيعه فعلاً ، أو باع حيواناً له بهذا النحو بأن يكون المشتري مالكاً له من السنة الماضية بالبيع فعلاً ، لقلنا بالخيار من زمان البيع لا من زمان الملكية الذي هو السنة المتقدّمة ، إلّا أنّ هذا النحو من المعاملات غير صحيح عند العرف وهو ظاهر ، وذلك لأنّ زمان البيع هو الزمان الذي يتّصف المتعاملان فيه بالبيّعين دون زمان الملكية كما هو واضح ، فعلى ما ذكرناه لا عبرة بزمان الملكية ولا بزمان العقد بما هو عقد وإنما المدار على زمان صدق البيّع وعدمه ، وعليه فإذا باع حيواناً على نحو السلم فيكون مبدأ الخيار فيه زمان القبض دون زمان العقد وذلك لعدم صحة البيع في السلم قبل القبض ، وزمان صدق البيّع على المتعاملين إنما هو زمان القبض .

وبعبارة أُخرى : إنّ أدلّة الخيار مخصّصة لعموم وجوب الوفاء بالعقد ووجوب الالتزام والوفاء فرع صدق البيع وتحقّقه ، فالخيار إنما يثبت في البيع الصحيح الذي يكون نافذاً شرعاً ، والسلم قبل القبض ليس ببيع في نظر الشارع وما لا يكون صحيحاً ولا نافذاً شرعاً لا معنى لجعل الخيار فيه .

ثم إنّ المثال الذي مثّل به بعض المعاصرين للشيخ فيما نقلناه عنه مبني كما أشار إليه شيخنا الأنصاري على عدم جريان الخيار في بيع الحيوان الكلّي واختصاصه بالحيوان الشخصي ، وأمّا بناء على ما ذكرناه من جريانه في بيع الحيوان على نحو الكلّي أيضاً فلا حاجة إلى جعل الحيوان ثمناً كما في المثال ، بل يجري الخيار ولو فيما إذا كان الحيوان مبيعاً على نحو السلم .

الكلام في معنى اليوم في الأيام الثلاثة

وأنّ الليالي أيضاً داخلة في الأيام الثلاثة أو لا ؟ ربما يقال إنّ اليوم عبارة عن أربعة وعشرين ساعة ، فمعنى الثلاثة أيام هو اثنتان وسبعون ساعة ، فإذا وقع البيع

في أوّل ليلة الأربعاء فلا محالة تنتهي الثلاثة في آخر يوم الجمعة وتكون الليالي الثلاثة أيضاً داخلة في الخيار.

وأُخرى يقال: إنّ مفهوم اليوم عبارة عن بياض يوم من طلوع الشمس إلى غروبها في مقابل الليل كما في الاستعمالات القرآنية ﴿سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ﴾(١) ونحوه، ويحتاج إرادة الزائد على ذلك من اليوم إلى دليل كما في يوم الصوم حيث دلّ الدليل على أنّ يومه من طلوع الفجر لا من طلوع الشمس، وعليه فالليالي خارجة عن الأيام، إلّا أنّ الليلتين المتوسطتين لا إشكال في دخولهما في الخيار من جهة أنّ الخيار مستمر في ثلاثة أيام ولا يمكن معه إخراج الليلتين المتوسطتين عن الخيار لاستلزامه انقطاع الخيار والمفروض أنّ الخيار مستمر وغير منقطع، كما أنه إذا عقد في أوّل الليل أو في أثنائه لابدّ من أن يحكم عليه بالخيار في ذلك الزمان فتكون الليلة الأُولى بأجمعها أو بنصفها أيضاً داخلة في الحكم بالخيار، وهذا من جهة العلم الخارجي بعدم انفكاك الخيار عن العقد، ففي أيّ زمان تم فيه البيع والعقد فلابدّ من أن يحكم عليه بالخيار من ذلك الزمان، إذ لو حكمنا عليه بالخيار من أوّل طلوع الشمس للزم انفكاك الخيار عن العقد بمقدار ليل أو نصف ليل وهو كما ترى، فلابدّ في مفروض المثال من الالتزام بدخول الليلة الأُولى أيضاً كالليلتين المتوسطتين وهذا لا من جهة أنّ الليل داخل في مفهوم اليوم بل من جهة الاستمرار في الليلتين ومن جهة عدم الانفكاك في الليلة الأُولى.

وربما يقال: بدخول الليلة الثالثة أيضاً، بدعوى أنّ المفروض أنّ الليلتين المتوسطتين داخلتان في الحكم، فلو لم يحكم بدخول الليلة الثالثة أيضاً للزم الاختلاف في أفراد الأيام الثلاثة، حيث إنّ المراد في يومين منها هو أربعة

---

(١) الحاقة ٦٩: ٧.

وعشرين ساعة ، وفي اليوم الثالث منها يراد باليوم بياضه من دون دخول الليل فيه هذا .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بأنّ دخول الليلتين المتوسطتين ليس من جهة دخولها في مفهوم اليوم ، بل من جهة استمرار الخيار وحيث لا يمنع خروج الليلة الثالثة عن استمرار الخيار فلذا لا نحكم بدخولها كالمتوسطتين ، وملخّص ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام : أنّ المراد باليوم هو طلوع الشمس إلى غروبها ودخول الليلتين المتوسطتين من جهة استمرار الخيار ، كما أنّ دخول الليلة الأُولى لو وقع العقد في أوّلها أو في أثنائها من جهة عدم انفكاك الخيار عن العقد . وما أفاده (قدّس سرّه) متين بأسره .

بقي الكلام في كفاية التلفيق في اليوم وعدمها ، مثلاً إذا عقد في ظهيرة يوم فتنتهي الثلاثة في ظهيرة اليوم الرابع حتى يتلفّق النصف من هذا اليوم والنصف من اليوم الرابع ويصير يوماً وبانضمامه إلى اليومين المتوسطين تتم الثلاثة ، أو أنّ التلفيق لا يكفي في صدق اليوم ؟ وهذه المسألة غير مختصة بالمقام بل هي جارية في مسألة الحيض وقصد الاقامة ونحوهما .

والظاهر كفاية التلفيق لأنّ الظاهر من اليوم هو مقدار بياضه ولا خصوصية فيه لكونه ما بين الطلوع والغروب ، فإذا انضم نصف البياض من هذا اليوم ونصف البياض من اليوم الرابع يكفي ذلك في صدق اليوم .

وممّا يدلّ على ما ذكرناه : أنه من البعيد جداً أن تحيض المرأة في أول طلوع الشمس بل غالباً تحيض في أثنائه أو وسطه ، فعدم احتسابها ذلك من أيام حيضها يحتاج إلى دليل ، وكان لازماً عليهم (عليهم السلام) البيان والتنبيه على ذلك وهو

---

(١) المكاسب ٥ : ٩٥ .

مفقود ، وكذا المسافر فانه لا يحضر البلد في أول طلوع الشمس حتى إذا قصد الاقامة في ذلك البلد يحسبه يوماً واحداً وإنما يحضره في وسط اليوم وأثنائه فالظاهر أنّ التلفيق كافٍ فيقيم في البلد تسعة أيام ونصف اليوم العاشر وبانضمامه إلى نصف اليوم الذي ورد فيه البلد تتم عشرة أيام ، وبذلك يصدق أنه أقام عشرة أيام كما يصدق ذلك في إقامة سنتين أو سنة واحدة ملفّقة نصفها من هذه السنة ونصفها الآخر من السنة المتقدّمة ، فيقال إنّي أقمت في البلد الكذائي سنة أو سنتين ، وكذا في الساعة الملفّقة نصفها من هذه الساعة ونصفها الآخر من الساعة الثانية ، وهذا ظاهر .

الكلام في مسقطات خيار الحيوان

الأول من المسقطات : اشتراط سقوطه في العقد . الثاني : إسقاطه بعد العقد وقد تقدّم الكلام في هذين المسقطين في خيار المجلس وتعرّضنا هناك لما أُورد عليهما فراجع ، وعليه فلا حاجة إلى التعرّض لهما في المقام إلّا أنّ شيخنا الأنصاري(١) ذكر في المقام كلاماً يجري في خيار المجلس أيضاً ، وهو أنه لا إشكال في عدم سقوط الخيار بالاضافة إلى بعض المبيع دون بعضه كما إذا أراد أن يسقط خياره في نصف الحيوان أو ربعه أو ثلثه دون نصفه الآخر أو ثلاثة أرباعه الباقية ، والوجه في عدم صحة ذلك أنّ المبيع أمر واحد وهو مجموع النصفين بشرط الاجتماع ، وهو إمّا أن يقبله وإمّا أن يردّه وليس له ردّ نصفه وإبقاء نصفه الآخر حتى يصير شريكاً مع البائع في المبيع .

وأمّا إسقاط بعض الخيار بحسب استمرار زمانه كاسقاطه في اليوم الأول من

---

(١) المكاسب ٥ : ٩٧ .

الأيام الثلاثة في خيار الحيوان أو إسقاطه في إحدى الساعتين اللتين فرضناهما زمان خيار المجلس فهو أمر جائز ، لأنّ حق الخيار ينحل إلى خيارات متعدّدة حسب تعدّد الآنات في زمان الخيار ، لأنه ليس معنى الخيار إلّا ملك فسخ العقد وهو كما يكون مالكاً لفسخ العقد في هذا الزمان كذلك يكون مالكاً لفسخه في الزمان الثاني والثالث وهكذا ، وله أن يرفع يده عن حقّه في زمان وإسقاط خياره المختص بهذا الزمان دون حقّه في الزمان الثاني كما هو ظاهر .

الثالث من المسقطات : التصرف في الحيوان ، وكلماتهم في المقام مضطربة غاية الاضطراب وأقوالهم فيه مختلفة ، ومنشأ الاختلاف هو اختلاف الروايات الواردة في المقام واختلاف الأنظار في تفسيرها وملاحظة مقتضى القاعدة الأوّلية في المقام ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ مقتضى القاعدة الأوّلية سقوط الخيار بكل ما دلّ على الرضا بالبيع سواء كان لفظاً أم كان من الأفعال فيما إذا صدرت عن الاختيار والالتفات ، لكشفها حينئذ عن الرضا بالعقد بحسب البقاء وإسقاطه الخيار ، وذلك لما مرّ في باب المعاطاة من أنّ الفعل كاللفظ والقول في وقوع كل عنوان من عناوين العقود والايقاعات به إلّا في مثل الطلاق والنكاح وغيرهما ممّا دلّ الدليل فيه على عدم وقوعه بالفعل ، ومن هذه الموارد المقام فلا مانع من أن يوجب الفعل سقوط الخيار لكشفه عن الرضا بالعقد بحسب البقاء ، فهو نظير الاسقاط بالقول .

وهذه الكبرى أعني سقوط الخيار بشيء من الأفعال الكاشف عن رضا الفاعل والمتصرف بالعقد بحسب البقاء ممّا لا كلام فيها ولا إشكال ، إلّا أنّ الكلام في تحقق الصغرى لتوقف الكبرى على تحقق صغرياتها ، وهذا إنما يتحقّق مع العلم بالحال والتفاته إلى أنّ التصرف مسقط للخيار شرعاً ، فإنّ مثله يكشف عن رضا المتصرف بسقوط الخيار وإبقاء العقد ، وأمّا إذا تصرف في المبيع جاهلاً بحكمه شرعاً ولم يدر أنّ التصرف مسقط فتصرف في الحيوان بأرقى أنحاء التصرفات كما إذا كان

المبيع أمة فوطأها ، فهذا وأمثاله كيف يكون كاشفاً عن الرضا بالعقد ، إذ ربما يتصرف فيها لأجل أن يدفعها إلى صاحبه بعد التصرف فيها ، ومثل ذلك لا يكون موجباً لسقوط الخيار ، والوجه فيه أنّ التصرف المسقط للخيار يتوقف على قصد عنوان الاسقاط لا محالة لأنه كأحد الأفعال الاختيارية لفاعله ، ولا يمكن أن يتحقّق التصرف المزيل من دون علمه بالحال وعدم قصده الاسقاط ، وإن ذهب شيخنا الأُستاذ(١) إلى سقوطه بمجرد التصرف حتى في صورة جهل المتصرف بالحال بدعوى أنّ بعض العناوين لا يتوقف حصوله على القصد والارادة ، إلّا أنّ الحق أنه كأحد الأفعال الاختيارية للفاعل ولا يمكن أن يتحقّق بلا قصد .

وكيف كان ، فالأفعال ممّا يسقط بها الخيار فيما إذا كانت كاشفة عن الرضا بالعقد ، وذلك لأنه لم يرد نصّ في كيفية الاسقاط وأنه بالفعل أو باللفظ ، بل كل شيء يكون مبرزاً لرضا الطرف بالبيع يجوز الاسقاط به .

فالمتحصّل : أنّ التصرف المبرز للرضا من المسقطات في المقام .

وأمّا سائر التصرفات في المبيع سيّما إذا كانت غير مسبوقة بالاختيار والالتفات ، فلا وجه لاسقاطها الخيار ، نعم قد ورد في بعض الصحاح أنّ مطلق إحداث الحدث في الحيوان مسقط للخيار سواء كان على نحو الاختيار أو من غير التفات ، منها صحيحة ابن رئاب « فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه ولا شرط له »(٢) ومثلها صحيحة الصفّار(٣) وعليه فكل فعل صدق عليه أنه حدث أي زيادة على خلقته الأصلية أو نقيصة عنها فلا

---

(١) منية الطالب ٣ : ٦٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (مع اختلاف يسير) .

(٣) نفس المصدر الحديث ٢ .

محالة يوجب سقوط الخيار مطلقاً صدر عن القصد والاختيار أو عن الجهل والغفلة .

ثم إنّ الروايات قد أطبقت على تطبيق الحدث على ما ليس داخلاً تحت الحدث حقيقة نظير التقبيل واللمس للجارية بل النظر منها إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير زوجها أو مالكها مع أنها ليست من الأحداث حقيقة لعدم كونها تصرفاً موجباً لزيادته على أصله أو نقيصته عنه ، إلّا أنّ الامام (عليه السلام) طبّقه عليها حيث قال في صحيحة ابن رئاب « قيل له وما الحدث ، قال إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء » فيكون ذلك تعبّداً من الشارع في التطبيق فلا محالة نأخذ بذلك التطبيق تعبّداً ونحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات التي أُطلق عليها الحدث في الرواية ، وأمّا في غير عنوان الحدث حقيقة أو تعبّداً فلا نلتزم بسقوط الخيار به سواء كان من الأفعال الكبيرة أو الأفعال الصغيرة ، بل لو قلنا بأنّ كل تصرف من أنحاء التصرفات يسقط الخيار لكان جعل الخيار لغواً ظاهراً ، إذ لا يخلو المبيع والحيوان من التصرف فيه بعد بيعه ولو بأخذه وسحبه إلى الدار أو ركوبه لأجل الاختبار أو لأجل إيصاله إلى الدار أو بأمره باغلاق الباب أو مشيه خلفه فإذا فرضنا أنّ تلك الأفعال والتصرفات تقتضي سقوط الخيار فأيّ فائدة في جعل الخيار في بيع الحيوان حينئذ ، فيكون جعله من اللغو الظاهر .

وبالجملة : أنه لا دليل لنا على أنّ الأفعال الحقيرة أو الجليلة توجب سقوط الخيار في غير عنوان الحدث ، بل الدليل قام على عدم سقوطه بغير الحدث من الأفعال ، وهذا الدليل هو صحيحة الصفّار [١] حيث سئل في ذيلها عن سقوط الخيار بالحدث أو الركوب فأجاب (عليه السلام) بأنه إذا أحدث حدثاً فقد وجب الشراء ولم يتعرّض إلى أنّ الركوب أيضاً يسقط الخيار ، وحيث إنّ السائل جعل الركوب في

(١) تقدّم مصدره آنفاً .

مقابل الحدث فمنه يعلم أنّ الحدث غير شامل له وأنّ مثل الركوب الذي هو من أجلى التصرفات لا يوجب سقوط الخيار.

وبعبارة أُخرى: أنّ الأدلة الدالة على لزوم العقود تقتضي الحكم باللزوم ولا يمكن الخروج عمّا تقتضيه تلك الأدلة إلّا بدليل، ثم قام الدليل على عدم اللزوم في بيع الحيوان ثلاثة أيام، ولا يمكن الخروج عمّا يقتضيه ذلك الدليل الدال على عدم لزوم البيع إلى ثلاثة أيام إلّا بدليل آخر يدل على لزوم العقد، وهذا الدليل إنما قام في الاسقاط بالفعل أو باللفظ بل بالاشارة أيضاً وفي مطلق الحدث وفي الموارد التي طبّق الامام (عليه السلام) الحدث عليها تعبّداً، وأمّا في غير هذه الموارد فلا دليل على سقوطه وصيرورة العقد لازماً ولعلّه ظاهر.

فالمتلخّص: أنّ الاسقاط فعلياً كان أم لفظياً يوجب سقوط الخيار، كما أنّ الحدث أيضاً يوجب السقوط بمقتضى الأخبار الواردة في المقام، وإنما الكلام في أنه هل هناك مسقط آخر غير الاسقاط الفعلي أو القولي وغير الحدث، أو المسقط ينحصر بهما، وقد عرفت أنّ كلمات الفقهاء مضطربة في المقام غاية الاضطراب ومنهم من جعل المدار في السقوط على الرضا الشخصي، ومنهم من جعل المدار على الرضا النوعي، وثالث جعل كل تصرف من المسقطات في الحيوان حتى أمثال قوله أغلق الباب، فلابدّ من النظر إلى روايات الباب حتى نرى أنها تدل على أنّ كل تصرف من المسقطات وإن لم يعدّ من الحدث، لأنّ الحدث هو ما يوجب التغيّر في الحيوان لا مطلق التصرف كما هو واضح، أو أنها لا تدلّ على ذلك.

فنقول: من النصوص الواردة في المقام صحيحة علي بن رئاب «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه ولا شرط له»[1] وإلى

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (مع اختلاف يسير).

هنا دلّت بمقتضى إطلاقها على أنّ كل حدث يسمّى بذلك عرفاً فهو يوجب سقوط الخيار ، كان ذلك الحدث منه بقصد إسقاط خياره أم لم يكن ، والحدث كما أشرنا إليه هو ما يوجب تغيّراً في الشيء ، ولكنه ينافي ذلك ظهور قوله بعد ذلك « قيل له وما الحدث ، قال : إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء » والوجه في التنافي أنّ اللمس والتقبيل والنظر إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء ليس من الحدث قطعاً ، لما عرفت من أنّ الحدث هو ما يوجب تغيّراً في المبيع ، واللمس وأخويه لا يوجب التغيّر كما هو ظاهر ، وعليه فيدور الأمر في هذا الذيل بين أمرين :

أحدهما : أن يقال إنها تمثيل لمطلق التصرف في المبيع ، ومعناه أنّ كل تصرف يحرم على غير المالك فهو يوجب سقوط الخيار ، واللمس وأخويه من التصرفات المحرّمة لغير المالك ، فمن هذه الجهة ذكرها الامام (عليه السلام) في تفسير الحدث وعليه فتدلّ الصحيحة على أنّ كل تصرّف محرّم على غير المالك مسقط للخيار حتى مثل الأمر باغلاق الباب بل حتى الخلوة مع الأمة بناء على أنّ الخلوة مع الأجنبية محرّمة توجب السقوط وإن لم يكن ذلك تغيّراً في المبيع .

وثانيهما : أن يقال إنّ المناط في السقوط هو الحدث ، ومعنى الحدث ما تقدّم من كونه موجباً لتغيّر في المبيع ، وأمّا هذه الأمثلة فهي حكومة من الشارع في تطبيق الحدث عليها عنده وإن لم يكن منه واقعاً ، وعليه فيكون المسقط ثلاثة : الاسقاط الفعلي والقولي والحدث ، والأمثلة المذكورة أعني اللمس وأخويه ، ولا يحكم بسقوط الخيار بمطلق التصرف ما لم يطلق عليه الحدث عرفاً أو كان داخلاً في الأمثلة المتقدّمة ، والرواية لو لم تكن ظاهرة في الحمل على الاحتمال الثاني غير ظاهرة في الأول منهما ، فتكون مجملة لا محالة .

ومنها : صحيحة الصفّار كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام) « في الرجل اشترى

دابة من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردّها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ ؟ فوقّع (عليه السلام) إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى »(١) وهذه الرواية كما تراها جعلت الركوب في مقابل الحدث وهو كذلك ، لما مرّ من أنّ الحدث هو ما يوجب تغيّراً في المبيع ، والركوب خارج عن ذلك لا محالة ، وهي لو لم تكن دالة على أنّ مطلق التصرف كالركوب لا يوجب السقوط حيث سأله عن سقوطه بالحدث والركوب فأجاب بأنّ أحدهما وهو الحدث يوجب السقوط فتكون ظاهرة في أنّ الركوب الذي هو من التصرفات لا يوجب السقوط ، فليست بدالّة على سقوطه بمطلق التصرف لا محالة وأنها إمّا تدلّ على عدم السقوط به وإمّا ساكتة ولا تدلّ على سقوطه بمطلق التصرف ، وإنّما تدلّ بمقتضى جواب الامام (عليه السلام) على أنّ الحدث يوجب السقوط وهو غير التصرف كما هو ظاهر .

ومنها : ما عن قرب الاسناد « قلت له أرأيت إن قبّلها المشتري أو لامس ؟ قال فقال (عليه السلام) : إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع »(٢) وهذه الرواية غير مشتملة على الحدث والتصرف وإنما صرّحت بسقوط الخيار باللمس وأخويه ، ومقتضى إطلاقها عدم الفرق في سقوط الخيار بين أن يكون قاصداً بهذه الأفعال للسقوط أو كان قاصداً بها عدم السقوط كما إذا أراد أن يقبّلها ثم يفسخ عقدها أو لامسها ثم رفع اليد عنها ، فإنّ مقتضى إطلاقها سقوط الخيار بأحد هذه الأفعال مطلقاً .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ٣ (مع اختلاف يسير) .

وهذه الروايات الثلاث لا يستفاد من شيء منها أنّ مطلق التصرف المحـرّم على غير المالك يسقط الخيار ، بل إنّها دلّت على أنّ الحدث يوجب السقوط كما أنّ هذه الأفعال المذكورة من اللمس وأخويه توجب السقوط ، وأمّا مطلق التصرف فلا .

بقي الكلام في قوله (عليه السلام) في صحيحة علي بن رئاب « فذلك رضى منه ولا شرط » وفي ذلك احتمالات أربعة كما ذكرها شيخنا الأنصاري[1].

أحدها : أن يكون المراد بقوله « فذلك رضى منه » هو الرضا الشخصي بمعنى أنّ تلك التصرفات تكشف عن رضا الفاعل والمتصرف ببقاء البيع شخصاً أي رضا شخصياً ، فيكون المدار في سقوط الخيار هـو الرضـا الشـخصي ولولاه لم يسـقط الخيار ، وإنما حكم (عليه السلام) بسقوطه بهذه الأفعال من جهة كشفها عن الرضا الفعلي ببقاء المعاملة ولو بحسب الغالب ، فإنّ المتصرف باللمس وأخويه يكون غالباً راضياً بلزوم المعاملة .

ويدفعه : أنّ تلك التصرفات لا تكشـف عـن الرضـا الفـعلي ولو بحسب الغالب ، لأنّ غالب الناس لا يلتفت إلى أنّ في الحيوان خيار ثلاثة أيام ، بل يمكن دعوى ذلك في حق بعض المحصّلين كالمبتدئين حيث لا يدري بـل ولا يحـتمل أن يكون في بيع الدجاج خيار ثلاثة أيام ، وإن التـفت فـإنّما يحـتمله في أمـثال بـيع الفرس ونحوه من الحيوانات الكبار ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الخيار لا يختص بالمسلمين لثبوته في بيع الكفّار أيضاً ، مع أنّ غير المسلم لا يلتفت إلى الخيار بوجه فكيف يمكن مع ذلك دعوى أنّ تلك الأفعال تكشف عن إسقاطه الخيار وعن رضاه الشخصي بالبيع ، فهذا الاحتمال ساقط .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٠٠ ـ ١٠٢ .

وثانيهما : أن يراد بالرضا في قوله (عليه السلام) « فذلك رضى منه » الرضا النوعي بمعنى أنّ تلكم الأفعال كاشفة عن الرضا النوعي بالبيع ، فيكون المناط في سقوط الخيار هو التصرف الذي له ظهور نوعي في الالتزام بالمعاملة وإن لم يكن له دلالة على الرضا في خصوص المقام ، إلّا أنّ المدار على ما يدلّ عليه نوعاً ، نظير ظهور الألفاظ في الكشف عن معانيها فإنّها متبعة وإن لم يكن له كشف عن الارادة في خصوص المورد .

وهذا الوجه أيضاً كسابقه في السقوط ، لعدم كشف تلكم الأفعال عن الرضا ولو نوعاً بعد ملاحظة أنّ أغلب الناس غافلون عن مثل ذلك الخيار فكيف يكون لها كشف عن إسقاط الخيار الذي لا يلتفت إليه المتصرف حسب الفرض ، وعليه فيبقى في البين الوجهان الأوّلان في كلام شيخنا الأنصاري ومرجعهما إلى شيء واحد وهو أن تكون الجملة أعني قوله « فذلك رضى منه » نفس الجزاء أو أنها حكمة له وذكر شيخنا الأنصاري أنه بناء على هذين الاحتمالين يكون كل تصرف مسقطاً وإن علم عدم دلالته على الرضا من جهة حكم الشارع بأنّ هذا التصرف رضى بالبيع تعبّداً ، أو أنه يوجب نفي الخيار من جهة كشفه عن الرضا النوعي بالمعاملة .

وفيه : أنّ الرواية وإن دلّت على أنّ الحدث رضى منه ، وظاهره أنّ نفس الحدث رضىً وأنّهما متّحدان ، وبما أنه غير مراد لأنّ الحدث فعل خارجي والرضا فعل قلبي فكيف يكون أحدهما عين الآخر ، فلا محالة يكون معناها أنّ الحدث رضا فعلي وإجازة فعلية للمعاملة ، ولازمه أن يكون كل حدث مسقطاً للخيار لأنه رضا فعلي ، إلّا أنه لا يستفاد منها أنّ كل تصرف يسقط الخيار ، لأنّ الرضا إنّما حمل في الرواية على الحدث لا على التصرف ، ومعناها أنّ كل حدث رضا عملي لا كل تصرف ، وهذا الذي ذكره مبني على تفسير الحدث بالتصرف ثم الحكم بأنّ كل تصرف يسقط الخيار ، مع أنه لا وجه له ، وأحدهما غير الآخر كما هو واضح .

فالمتحصّل إلى هنا : أنّ المسقطات ثلاثة : الاسقاط الفعلي أو القولي لعدم اختصاصه بالقولي بل كل فعل قصد به إسقاط الخيار يكون مصداقاً للاسقاط لا محالة ، والحدث مطلقاً سواء قصد به الاسقاط أم لا ، واللمس وأخويه كما مرّ وعرفت أنه مقتضى الجمع بين الروايات الواردة في المقام ، وأمّا مطلق التصرف فلا يكون مسقطاً للخيار .

اشتراط الخيار أو خيار الشرط

الظاهر أنه لا خلاف في صحة هذا الاشتراط بأن يشترط أحد المتعاملين أن يكون له أو لهما الخيار إلى زمان على نحو الاتصال أو الانفصال .

ويستفاد ذلك ممّا ورد[1] في جواز البيع الذي اشترط فيه الفسخ عند ردّ مثل الثمن المعبّر عنه ببيع الخيار (البيع بشرط) حيث إنه عقد اشترط فيه الخيار للبائع وقد دلّت الرواية على جوازه .

وكذا يدلّ عليه ما ورد[2] من أنّ هلاك المبيع في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط وهو اشتراط أيام معدودة من مال البائع ، وذلك لأنها سلّمت جواز اشتراط الخيار أياماً معدودة وفرضته مفروغاً عنه ثم حكمت بأن تلف المبيع في زمان الخيار المذكور من مال البائع .

فإن استظهرنا من هاتين الروايتين جواز اشتراط الخيار على نحو العموم فهو وإلّا فإن قلنا إن جعل الخيار على خلاف القاعدة لأنّ مقتضاها اللزوم في جميع العقود ومنها البيع ، فلا يمكن التعدّي من ثبوته في مقامين وموردين إلى غيرهما لأنه على خلاف القاعدة ، مثلاً إذا اشترط في ضمن عقد البيع أن يكون له خيار بعد

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٩ / أبواب الخيار ب٨ ح١ ، ٣ .

(٢) نفس المصدر الحديث ٢ .

عشرة أيام فلا يمكن استفادة جواز ذلك من هاتين الروايتين وأنه لابدّ من الاقتصار عليهما حتى يثبت جواز اشتراط الخيار على نحو العموم ، فلابدّ من إقامة الدليل على صحة اشتراط الخيار في العقود .

وقد يستدلّ على ذلك بما روي وادعي تواتره من أنّ « المسلمون عند شروطهم »(١) حيث إنّ مقتضاها جواز اشتراط الخيار .

وقد أورد على الاستدلال بتلك الرواية صاحب المستند(٢) بأنّ اشتراط الخيار في العقود من الشروط المخالفة للكتاب والسنّة ، وذلك لأنّ مقتضى قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله (عليه السلام) في روايات خيار المجلس « فإذا افترقا وجب البيع » أو غيرهما من أدلّة اللزوم أنّ كل عقد من العقود لازم ومنه عقد البيع فاشتراط جوازه يخالف الكتاب والسنّة فلا يصح مثل هذا الاشتراط .

وقد أُجيب عن ذلك بوجهين : أحدهما : ما عن شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٣) من أنّ اللزوم والجواز على قسمين ، فقسم منهما حقّي والقسم الآخر حكمي ، ويعرف الحقّي منهما بجواز دخول الاقالة عليه ، مثلاً اللزوم في البيع حقّي فلذا يقبل الاقالة برضا البائع والمشتري ، فمنه يظهر أنّ اللزوم فيه من جهة مراعاة حق المتبايعين ، وأمّا اللزوم في النكاح فهو حكمي ولذا لا تدخله الاقالة كما إذا رضي كل من الزوج والزوجة برفع اليد عن العقد فإنّ ذلك لا يوجب رفعه ، فمنه يعرف أنّ اللزوم فيه حكمي . وكذلك الجواز فإنّ الجواز في الهبة حكمي ولذا لا يرتفع بالتراضي على ارتفاعه ، وأمّا الجواز في البيع ما داما في المجلس فهو حقي لقبوله

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) مستند الشيعة ١٤ : ٣٨٢ .

(٣) منية الطالب ٣ : ٧٢ .

الاسقاط لأنّ ذي الحق يمكنه إسقاط حقه .

والشرط المخالف للكتاب والسنّة هو الذي يخالف اللزوم الحكمي كما في النكاح ، وأمّا المخالف للزوم الحقي فهو لا مانع من صحته ، لجواز رفع اليد عن الحق ، وبما أنّ قوله « المسلمون عند شروطهم » وغيره من أدلّة الشروط يرفع لزوم البيع وهو حقي ، فلا يكون اشتراط الخيار فيه من الشروط المخالفة للكتاب والسنّة ، هذا .

ولا يخفى أنّا ذكرنا في أوائل البيع[1] أنّ الحق والحكم عبارتان عن شيء واحد وهو الحكم ، غاية الأمر أنّ بعض الأحكام مشروط وبعضها غير مشروط ويعبّر عن المشروط بالحق ، إلّا أنّ كونه مشروطاً بعدم رفع اليد عنه لا يوجب اختلافاً وتعدّداً في المجعول بحسب الماهية بل المجعول هو الحكم وهو أمر واحد والمخالف لأحدهما مخالف للآخر وغير المخالف لأحدهما غير مخالف للآخر كما هو مقتضى الاتحاد ، والحكم باللزوم في البيع والنكاح أمر واحد ولذا جاز فسخ النكاح في بعض الموارد للزوج وفي بعضها الآخر للزوجة ، وقد رفعنا اليد عنه في البيع بالأخبار الواردة في الاقالة من أنّ المتعاملين إذا تراضيا على انحلال العقد فلا مانع من انحلاله ، وأمّا رفع اليد عنه برضا أحدهما دون الآخر فهو أوّل الكلام . وبالجملة أنّ الفرق بين ما تدخل فيه الاقالة وما لا تدخل فيه ممّا لا وجه له .

الوجه الثاني : ما ذكره السيد (قدّس سرّه)[2] على ما هو ظاهر كلامه وملخّصه : أنّ الشرط المخالف للكتاب والسنّة هو الشرط المخالف لذات الحكم الثابت فيهما ، وأمّا المخالف لاطلاق الحكم المذكور في الكتاب والسنّة فهو غير ساقط

---

(١) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب الصفحة ٣٠ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٢٣ من مبحث الخيارات .

عن الاعتبار ، بل جميع الشروط في العالم مخالفة لاطلاق الأحكام الثابتة في الكتاب أو السنة ، فمثل اشتراط الخياطة في ضمن البيع مخالف للأدلّة الدالّة على جواز الخياطة وإباحتها ، إلّا أنّ الاشتراط قد بدّله إلى الوجوب ، واشتراط الخيار في البيع من هذا القبيل لأنه مخالف لاطلاق ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ويقيّده بغير ما اشترط فيه الخيار ، وليس مخالفاً لأصل لزوم المعاملات ، فلا يكون هذا النحو من المخالفة موجباً لرفع اليد عن الشرط ، هذا .

وفيه : ما لا يخفى من المناقشة الظاهرة ، لأنّ التفصيل في المخالف بين المخالف لأصل الحكم والمخالف لاطلاقه إنّما هو في المخالفة لمقتضى العقد لا في المخالفة للكتاب والسنّة وتوضيحه : أنه يعتبر في الشروط أمران : أحدهما أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد . وثانيهما : عدم المخالفة للكتاب والسنّة ، أمّا الاشتراط الأول فهو ليس من جهة دلالة دليل خارجي على لزوم عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، بل لا دليل عليه في شيء من الآيات والروايات ، وإنما الدليل على هذا الاشتراط هو استحالة اجتماع الضدين أو النقيضين ، فإنه إذا باع ماله واشترط على المشتري أن لا يتصرف فيه فمعناه أنّي بعته وأنّي لم أبعه ، أو إذا وهب ماله واشترط إرجاعه إليه فإنّ معناه أنّي ملّكته لك وأنّي لم أُملكه لك وهكذا غيرهما من الشروط المخالفة لمقتضى نفس العقد فإنّ مآلها إلى اجتماع الضدّين والنقيضين ، وليس لهذا الاشتراط دليل غيره .

ومن هنا يفصّل في الشروط المخالفة للعقد بين الشرط المخالف لأصل العقد كما إذا باع ماله واشترط عليه أنّ يبقيه عنده ويجوز له التصرف فيه كيف شاء ، وبين الشرط المخالف لاطلاق العقد لا لأصله ، وهذا كما إذا باع ماله واشترط عليه أن يتصرف فيه مدّة شهر واحد ، فإنّ الشرط الأول مخالف لأصل العقد ومعناه هو الجمع بين النقيضين وهو البيع وعدم البيع ، وأمّا الشرط الثاني فهو مخالف لاطلاق عقد البيع ، لأنّ مقتضى إطلاقه أن ينتقل إليه المبيع من الآن ولا يجوز للبائع أن

يتصرف فيه من حين المعاملة ، إلّا أنه قيّد ذلك الاطلاق وأخرج منه مدّة شهر واحد من زمان المعاملة ، والوجه في التفصيل بينهما ظاهر بما عرفت حيث إنّ اجتماع النقيضين إنما يلزم في الشرط المخالف لأصل العقد ، وأمّا الشرط المخالف لاطلاقه فلا يوجب الجمع بين النقيضين كما هو ظاهر .

وأمّا الاشتراط الثاني ، أعني عدم كون الشروط مخالفة للكتاب والسنّة فدليله الروايات الدالّة على عدم اعتبار الشرط المخالف لكتاب الله أو سنّة نبيّه وهذا لا يفرق فيه بين الشرط المخالف لأصل الكتاب والسنّة وبين المخالف لاطلاقهما ، والوجه في ذلك أنّ إطلاق الأحكام أيضاً من الأحكام فلابدّ من اتّباعه فإذا باع شيئاً واشترط عليه شرب الخمر في حالة كذائية فهو شرط مخالف لاطلاق حرمة شرب الخمر الثابتة في الكتاب والسنّة فلا يمكن في مثله أن يقال إنّ هذا الشرط مخالف لاطلاق الآية الدالّة على حرمة شرب الخمر وليس مخالفاً لأصل حرمة شربها وذلك ظاهر ، وعليه فهذان الوجهان لا يمكن الاعتماد عليهما في الجواب عمّا أورده صاحب المستند (قدّس سرّه) .

فالصحيح في الجواب أن يقال : الظاهر أنّ هذه الشبهة لا تندفع إلّا بما أشرنا إليه سابقاً في كيفية اشتراط عمل أو شيء آخر في ضمن العقد حيث قلنا إنّ اشتراط مثل الكتابة أو الخياطة أو غيرهما من الشروط في العقود مرجعه إلى تعليق الالتزام بالمعاملة والعقد على فعل ذلك الشرط ، وليس مرجعه إلى التعليق في العقود المبطل لها بالاتّفاق ، فمعنى اشتراط الكتابة في بيع شيء أنّ التزامي وعدم رجوعي في هذه المعاملة متوقّف على الكتابة . وبعبارة اُخرى أنّ مرجع هذا الاشتراط إلى جعل الخيار ، وهذا الاشتراط والتعليق في الالتزام تارةً يكون على نحو الدلالة الالتزامية كما في اشتراط الكتابة في بيع شيء الراجع إلى تعليق الالتزام بالكتابة وجعل الخيار لنفسه ، واُخرى على نحو الدلالة المطابقية كاشتراط الخيار إلى ثلاثة أيام ، لأنّ معناه

المطابقي أنّ التزامي بهذه المعاملة معلّق على انقضاء الثلاثة أيام .

إذا عرفت ذلك فنقول : إنّ قوله (عليه السلام) « المسلمون عند شروطهم »(١) إنما ورد في هذا المقام أي في تعليق الالتزام بالمعاملة على أمر آخر ، فلو منعنا عن شموله له بدعوى أنه مخالف للكتاب والسنّة فلازمه أن لا يبقى لهذه الرواية مورد فتكون لغواً ، فاشتراط الخيار وإن كان مخالفاً للكتاب والسنّة إلّا أنه لابدّ من الالتزام به لورود الرواية في هذا المقام ، ولولاه لما بقي لها محل أصلاً ، وذلك تخصيص لما دلّ على اشتراط عدم المخالفة للكتاب والسنّة في الشروط .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ مرجع الاشتراط سواء كان على نحو الدلالة المطابقية أو كان على نحو الدلالة الالتزامية إلى جعل الخيار ، وهذه الرواية إنما وردت في خصوص جعل الخيار والاشتراط ، فمنه يظهر أنّ وجوب الالتزام في العقود والمعاملات ليس من الأحكام الأبدية غير قابلة للزوال ، بل إنما هو من الحقوق ، هذا كلّه بناءً على ما سلكناه من أنّ مرجع الاشتراط إلى جعل الخيار .

ويمكن الجواب عن هذه الشبهة بناء على مسلك المشهور في الاشتراط وهو كون الشرط التزاماً آخر مقارناً للالتزام المعاملي وهو موضوع لوجوب الوفاء بأن يرجع اشتراط الخيار إلى تضييق دائرة الملكية وتقييدها بقيد وتوضيح ذلك : أنّ إنشاء الملكية المطلقة مع جعل الخيار لنفسه متنافيان ، لأنّ معنى إنشاء الملكية المطلقة هو إنشاؤها على نحو الاطلاق سواء فسخ بعد ذلك أم لم يفسخ ، ومعنى جعل الخيار أني متمكّن من إرجاع الملكية إلى نفسي بعد الفسخ ، وكون المبيع ملكاً للمشتري سواء فسخ أم لم يفسخ ، وكونه ملكاً للبائع إذا فسخ متنافيان وممّا لا يجتمعان ، فمعنى جعل الخيار أنّ الملكية المنشأة ليست بمطلقة بل إلى زمان الفسخ

---

(١) تقدّم مصدره في الصفحة ١٨٣ .

وذلك لما ذكرناه مراراً من أنّ الأهمال في الواقعيات غير معقول ، فإذا لم تعقل الملكية المطلقة مع جعل الخيار فلا محالة يتعيّن أن تكون الملكية مقيّدة إلى زمان الفسخ . وبالجملة أنّ ما أنشأه البائع هو الملكية إلى زمان الفسخ لا الملكية المطلقة ولا يقاس إنشاء الملكية المقيّدة إلى زمان الفسخ بانشاء الملكية المقيّدة بزمان دون زمان أو بحال دون حال كبيع شيء إلى سنة أو إلى شهر أو في وقت كذا أو غيرها ممّا لا إشكال في بطلانه ، والوجه في عدم صحة القياس هو أنّ إنشاء الملكية المقيّدة بزمان الفسخ أمر متعارف بين الناس ، والعقلاء ينشئون الملكية الموقتة بزمان الفسخ في موارد اشتراط الخيار في العقد ، فهذا ليس أمراً خارجاً عن المتعارف حتى لا تشمله الأدلّة كما هو ظاهر ، فإذا صار الأمر كذلك فنقول ليس في اشتراط الخيار مخالفة للكتاب أو السنة .

أمّا الكتاب فلوضوح أنّ قوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** إنّما يقتضي وجوب الالتزام على ما أنشأه ، فإن كان المنشأ هو الملكية المطلقة فاللازم هو الالتزام بها مطلقة ، وإن كانت مقيّدة فمقيّدة ، وبما أنّ إنشاء الملكية في صورة جعل الخيار مقيّد بزمان الفسخ إذ المفروض أنه إنما أنشأ الملكية إلى ذلك الزمان ، فعدم الالتزام بها بعد الفسخ لا يكون مخالفاً ومنافياً لوجوب الالتزام بما أنشأه ، لأنه قد التزم على طبقه ولم يرفع اليد عنه إلى زمان الفسخ ، وأمّا بعد الفسخ فلم يلتزم بالملكية بعده حتى يكون رفع اليد عنها بعد الفسخ مخالفاً لقوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** لأنّ معناه أوفوا بمنشأكم والمفروض أنه وفى بما أنشأه .

وأمّا السنّة فلأنّ معنى قوله (عليه السلام) « فإذا افترقا وجب البيع »[1] لزوم البيع الذي أنشأه المتعاملان ، والملك الذي أنشأه البائع في فرض اشتراط الخيار هو

---

(١) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب ١ ح ٤ .

الملك الموقت إلى زمان الفسخ والمفروض أنه وفى به إلى ذلك الزمان ولم ينشأ الملك المطلق حتى يجب عليه الالتزام على الاطلاق ، فلا يكون رفع اليد عنه بعد زمان الفسخ مخالفاً للسنة وذلك ظاهر .

على أنّ الروايات الواردة في خيار المجلس إنما أثبتت الخيار التعبّدي ما دام المتعاقدان في مجلس البيع ، لأنّ المتعاملين لم يجعلا لأنفسهما الخيار حتى تكون تلك الأخبار إمضاءً لذلك الخيار ، بل إنما حكم الشارع في المجلس بالخيار من باب التعبّد كما هو ظاهر ، وعليه فيكون قوله (عليه السلام) « فإذا افترقا وجب البيع » ناظراً إلى ارتفاع ذلك الخيار التعبّدي بالافتراق ، لا أنه يدلّ على لزوم البيع بمجرد الافتراق مطلقاً .

وتوضيح ذلك : أنّ الخيار الثابت للمتعاملين في مجلس البيع كما عرفت تعبّدي ، فلو كان قد اقتصر في ارتفاع ذلك الخيار بقوله (عليه السلام) « فإذا افترقا وجب البيع » لكنّا حكمنا بأنّ البيع محكوم باللزوم بعد الافتراق مطلقاً كان هناك شرط أم لم يكن ، وقلنا إنّ اشتراط الخيار حينئذ على خلاف السنة وهو ظاهر ، إلّا أنّه (عليه السلام) لم يقتصر على ذلك وورد في بعض الروايات الواردة في خيار المجلس أنه لا خيار بعد الرضا منهما وقد فسّرنا الرضا سابقاً[1] بالرضا بالالتزام بالبيع وقلنا إنّ معنى الحديث هو أنّ مقتضى رضا المتعاملين بلزوم المعاملة والالتزام بها هو الحكم بلزوم المعاملة من الابتداء ، وإنما حكمنا في خصوص زمان المجلس بالخيار لأجل التخصيص تعبّداً فإذا انقضى زمان التخصيص التعبّدي فرجع البيع إلى حاله السابق ، ويكون محكوماً باللزوم من جهة أنّهما كانا راضيين بذلك من الابتداء ، وخيار المجلس كان تعبّداً وتخصيصاً لأجل الارفاق أو غيره ، وعليه فلا

---

(١) راجع الصفحة ١٤٣ .

يمكننا الحكم بلزوم المعاملة بعد الافتراق على نحو الاطلاق بل الحكم باللزوم بعد الافتراق مختص بما إذا كان المتعاملان راضيين بلزوم المعاملة من الابتداء كما فيما إذا تبانيا بلا اشتراط شيء .

وأمّا إذا لم يتحقق منهما الرضا بالالتزام بالمعاملة مطلقاً بل بشرط شيء أو إلى زمان فالرواية لا دلالة لها على لزومها بعد الافتراق حينئذ ، لأنّهما ليسا براضيين باللزوم وإنما هما راضيان بها إلى زمان الفسخ أو إلى ذلك الشرط ، فلا يأتي فيه قوله (عليه السلام) « ولا خيار بعد الرضا منهما » وعليه فليست المعاملة في صورة اشتراط الخيار إلى مدة معيّنة لازمة بعد الافتراق حتى يكون اشتراط الخيار فيها وكونها جائزة بعد الافتراق على خلاف السنّة .

وبالجملة : فلا ينبغي الشك في جواز اشتراط الخيار في العقود .

ثم إنه ينبغي البحث في اُمور :

الأمر الأول : لا فرق في صحة اشتراط الخيار بين اشتراطه إلى زمان دون زمان واشتراطه إلى آخر العمر على نحو الاطلاق ، ولم نر ولم نسمع من استشكل في صحة اشتراط الخيار إلى الأبد وما دامت الحياة بل هو واقع كما في بعض السجلات حيث إنه مثلاً يبيع ملكه ويشترط لنفسه الخيار ما دامت الحياة ، إلّا أنّ شيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)[1] منع عن مثل هذا الاشتراط وذهب إلى بطلان جعل الخيار لنفسه إلى آخر الحياة من جهتين :

إحداهما : من ناحية الجهل بمدّة الخيار لبداهة عدم العلم بزمان حياته ومقداره وأنه إلى ثلاثة أشهر أو سنة أو سنوات ، والجهل بالمدّة مستلزم للغرر وهو يوجب البطلان .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٧٣ .

وثانيهما : أنّ هذا الاشتراط مخالف لمقتضى العقد حيث إنّ لكل عقد دلالتان : إحداهما دلالته المطابقية على بيع كذا بكذا . وثانيهما : دلالته الالتزامية على أنّ البائع والمشتري كلاهما ملتزمان بما عقداه ، فإذا جعل لنفسه أو لكليهما الخيار إلى مدة معيّنة كشهر أو شهرين ونحوهما فمعناه أنّا غير ملتزمين بهذا العقد إلى ذلك الزمان ، وهذا تقييد للمدلول الالتزامي فلا بأس به وهو ظاهر ، وأمّا إذا اشترط الخيار إلى آخر الحياة فمعناه إسقاط المدلول الالتزامي على نحو الاطلاق ومرجعه إلى أنّ هذا العقد لا التزام فيه بمدلوله إلى آخر الأمد وهو منافٍ للمدلول الالتزامي والشرط المخالف لما يقتضيه العقد باطل .

أقول : أمّا ما أفاده في الجهة الأُولى فيدفعه : أن جعل الخيار إلى آخر الحياة الذي مرجعه إلى جعل العقد جائزاً إلى الأبد ممّا لا يستلزم الغرر الذي هو بمعنى الخطر ، نعم الجهل بالمدة موجود إلّا أنه لا يترتّب عليه خطر أبداً ، أفيمكن أن يقال إنّ الهبة غررية لأنها جائزة إلى آخر الحياة ومدة الجواز مجهولة ، وسيأتي توضيح لذلك عن قريب إن شاء الله تعالى .

وأمّا ما أفاده في الجهة الثانية فقد ظهر وجه المناقشة فيه ممّا أسلفناه آنفاً وقلنا إنّ اشتراط عدم المخالفة لمقتضى العقد ممّا لا دليل عليه إلّا استحالة اجتماع النقيضين وعليه فلابدّ من ملاحظة أنّ اشتراط الخيار ما دامت الحياة هل يناقض البيع والمعاملة حتى يستحيل اجتماعهما أو لا ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ بيع شيء وجعل الخيار لأحد المتبايعين إلى آخر الحياة ليسا من المتناقضين والمتضادّين ، إذ لا مانع من أن يكون المشتري مالكاً للمبيع ويكون البائع قادراً على إرجاعه إلى نفسه وعليه فاشتراط الخيار إلى آخر الحياة ممّا لا محذور فيه .

الأمر الثاني : أنه لا فرق في صحة اشتراط الخيار بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه كما إذا اشترط الخيار بعد شهرين أو في رأس شهر

معيّن ، وذلك لعموم أدلّة لزوم العمل بالشرط .

وقد نقل عن بعض الشافعية[١] عدم صحة ذلك فيما إذا كان زمان الخيار منفصلاً عن العقد بدعوى أنّ الملك بعد انعقاده وكونه في برهة من الزمان لازماً كيف ينقلب إلى الجواز .

وفيه : أنّ انقلاب اللزوم إلى الجواز كانقلاب الجواز إلى اللزوم كما في أكثر البيوع حيث تصير لازمة بعد انقضاء زمان الخيار ولا محذور في ذلك أبداً . مضافاً إلى انتقاض ذلك في موارد كثيرة منها خيار التأخير ومنها خيار تخلّف الشرط حيث إنّ العقد بعد ما كان لازماً ينقلب إلى الجواز فيما إذا لم يعمل المشروط عليه حسب اشتراطه وهذا ظاهر .

الأمر الثالث : أنه تارةً تكون المدة عند اشتراط الخيار معلومة كشهر أو شهرين أو ما دامت الحياة فقد عرفت أنّ صحته ممّا لا ريب فيه حتى اشتراط الخيار إلى آخر الحياة ، وقد نقلنا مناقشة شيخنا الأُستاذ في صحة اشتراط الخيار إلى آخر الحياة وأجبنا عنها بوجهيها كما تقدّم . وأُخرى تكون المدة مجهولة كاشتراط الخيار إلى قدوم الحاج أو إلى نزول المطر وغيرهما ممّا لا نعلم بأصل تحقّقه أوّلاً لاحتمال أن لا يقدم أحد من حجاج البلد كما إذا كان حجّاجه قليلين كشخصين أو ثلاثة وقد أقاموا في بلدة أُخرى كالشام ولم يرجعوا إلى بلادهم ، ولاحتمال أن لا ينزل المطر أصلاً ، ولا نعلم بزمانه ثانياً لأنّا نحتمل تقدّمه وتأخّره ، فزمان حصوله مجهول إذ لا زمان معيّن لقدوم الحاج أو نزول المطر ، والمعروف المشهور بينهم هو بطلان الاشتراط في هذه الصورة ولهم في تقريب بطلانه وجوه ثلاثة :

الوجه الأول : أنّ هذا الاشتراط غرري لعدم تعيّنه حسب الفرض والشرط

---

(١) نقل عنهم في التذكرة ١١ : ٥٠ المسألة ٢٤٢ خيار الشرط .

الغرري فاسد .

وهذا الوجه مبني على رواية العلّامة[١] من أنّ النبي (صلّى الله عليه وآله) نهى عن الغرر ، وأمّا بناءً على ما هو المشهور في رواية الحديث من أنه نهى عن بيع الغرر[٢] فلا يصح الاستدلال على بطلان الشرط بحديث الغرر ، إذ المفروض أنّ المنهي عنه هو البيع الغرري لا مطلق الغرر حتى يشمل الشرط فيما إذا كان غررياً . وكيف كان فإذا فسد الشرط فيبتني إفساده البيع على القول بأنّ الشرط الفاسد مفسد للمشروط .

الثاني : أن يقال إنّ اشتراط الخيار في مدة مجهولة على خلاف السنّة ، لأنّ الشرط غرري .

وهذا الوجه مبني على تفسير الشرط بنفس الالتزام والاشتراط ، فإنّ الغرر على تقدير تحقّقه فإنما هو في نفس الاشتراط ، وأمّا إذا فسّرنا الشرط بالمشروط به كما هو المراد فيما دل على النهي عن الشرط المخالف للكتاب والسنّة فإنّ معناه النهي عن المشروط به والملتزم به الذي يخالف الكتاب والسنّة كاشتراط ترك أحد الواجبات أو اشتراط فعل أحد المحرّمات كالزنا والغيبة فإنّ الملتزم به حينئذ مخالف للكتاب والسنّة وهو الغيبة والزنا ، لا أنّ نفس الالتزام والاشتراط مخالف لهما كما في المقام وليس الملتزم به في المقام غررياً .

وهذا الوجه هو الذي ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] أنه يشبه الأكل من القفا حيث إنه في إبطال البيع يتمسك بأنّ شرطه غرري والفساد منه يسري إلى

---

(١) التذكرة ١٠ : ٥١ ، المختلف ٥ : ٢٦٧ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٣) المكاسب ٥ : ١١٥ .

المشروط فيكون البيع فاسداً، مع إمكان إبطال البيع من الابتداء بدعوى أنّ البيع غرري لسراية الغرر من الشرط إلى المشروط.

الثالث: هو أنّ البيع غرري من جهة جهالة المدة التي اشترط فيها الخيار وهذا هو الذي اعتمد عليه شيخنا الأنصاري، فإن قام اجماع على بطلان الاشتراط فيما إذا كانت المدة مجهولة فلا مانع من أن نقول بفساد اشتراط الخيار عند الجهل بالمدة، لأنّ الغالب هو التشاح عند جهالة المدة المضروبة للخيار لأنها مورد اهتمام العقلاء، فنستفيد من الاجماع أو من مذاق الشارع أنه ليس راضياً بهذا الاشتراط المستلزم للتشاح، وأمّا إذا لم يقم في البين إجماع فللمناقشة في جميع هذه التقاريب الثلاثة مجال، والوجه في ذلك هو أنه ـ مضافاً إلى ما قدّمناه في مسألة اشتراط العلم بمقدار الثمن[1] من عدم ثبوت نهي النبي الخ وكونه ضعيفاً ـ إن أُريد بالغرر الجهالة بأن يكون معنى نهى النبي عن بيع الغرر نهى النبي عن بيع فيه جهالة، فلا إشكال في أنّ البيع في المقام غير مجهول للعلم بالثمن والمثمن ومقدارهما، والجهل بالخيار والشرط لا يوجب جهالة في الثمن والمثمن، وكون ذلك موجباً للجهل بفسخ من له الخيار وأنه يفسخ المعاملة غداً أو بعد يومين لا يمنع عن صحة البيع، لأنّ الحال كذلك في جميع الخيارات حتى فيما إذا كانت المدة معلومة ككونها إلى شهر، فإنّ مَن عليه الخيار لا يدري أنّ المشروط له الخيار هل يفسخ العقد في زمان كذا أو في زمان آخر، فلا يكون هذا موجباً للبطلان في البيع هذا، مضافاً إلى أنّ الغرر بمعنى الجهل غير ثابت كما ذكرناه في محله وقلنا إنّ الغرر بمعنى الخطر دون الجهل.

وإن أُريد منه الخطر فأي خطر في المعاملة فيما إذا كانت مدة الخيار مجهولة لأنّ الخطر بمعنى أن يذهب ماله سدى وبلا عوض، وهذا غير متوجه في المقام، لأنه

(١) راجع المجلد الثاني من هذا الكتاب الصفحة ٣٦٠.

إذا فسخ فيردّ الثمن ويأخذ المثمن وإذا لم يفسخ فيأخذ الثمن ولا يطالب بالمثمن فعلى أيّ حال أحد المالين واصل إليه إمّا هذا أو ذاك فلا خطر في البين ، وكون ذلك موجباً للخطر في المعاملة من جهة عدم معلومية فسخ ذي الخيار وأنه يفسخ أو لا يفسخ أصلاً لا يمنع عن صحة المعاملة لتحقّقه في جميع الخيارات حتى في خيار الشرط فيما إذا كانت المدة معلومة ، للجهل بأنّ ذي الخيار يفسخ أو لا يفسخ .

فإلى هنا تحصّل أنه لا غرر في شيء من الشرط والبيع فلا مانع من الالتزام بصحة الشرط والمعاملة في هذه الصورة لشمول إطلاق مثل قوله « المؤمنون عند شروطهم » له ، هذا كلّه فيما إذا اشترط الخيار مدة مجهولة ولكنها كانت متعيّنة بحسب الواقع وعلم الله كما في قدوم الحاج ونزول المطر .

وأمّا إذا اشترط الخيار وعلّقه على ما لا تعيّن له في الواقع ونفس الأمر أيضاً كما إذا اشترط الخيار مدة فإنّ المدّة ممّا لا تعيّن له في علم الله ونفس الأمر أيضاً ، أو لم يذكر المدة أصلاً كما إذا قال : لي الخيار ، فالظاهر بطلان هذا الاشتراط ، وهذا لا من جهة الجهل والغرر بل من جهة عدم إمكان الامضاء الشرعي في هذه الصورة ، لأنهما إنما أنشئا الخيار إلى مدة أو بلا ذكر المدة أيضاً[١] وهذا مما لا تعيّن له واقعاً وفي علم الله حتى يمضيه الشارع ويقول بصحة هذا الاشتراط ونفوذه ، والشارع إنما يمضي ما له تعيّن في الواقع ويحكم بأنّ الخيار إلى ذلك الزمان ، فإذا لم يكن الزمان متعيّناً حتى في علم الله فما معنى إمضاء الشارع ، وعليه فمقتضى القاعدة هو البطلان عند اشتراط الخيار على نحو الاهمال أو اشتراطه إلى مدة بلا تعيين .

وربما يقال : إنّ الخيار عند إهمال التعيين واشتراطه مدة أو بلا ذكر المدة أيضاً

---

(١) إنما أنشآ الخيار إلى مدة أو بلاد ذكر مدة كقوله : لي الخيار ، غفلة حتى يصح منهما الانشاء .

ثلاثة أيام ، وقد نقلوا لذلك أخبار وروايات ، ولا يخفى عليك أنّ هذه الأخبار لو صحت وكانت متحققة في محلها فلا شك حينئذ في الحكم بالخيار ثلاثة أيام عند ذكر المدة في اشتراط الخيار أو اشتراطه على نحو الاهمال نظير حكم الشارع ثلاثة أيام للخيار في الحيوان سواء التفت إليه المتعاملان أم لم يلتفتا ، وفي المقام أيضاً نقول : المتعاملان أو من اشترط له الخيار على خيار ثلاثة أيام تعبّداً من الشارع وإن لم يكونا ملتفتين إلى ذلك بل كانا قصدا الخيار إلى مدة مجهولة المقدار .

إلّا أنّ الكلام في ثبوت تلك الأخبار ، والظاهر أنه لم ترد رواية بهذا المضمون بين الأخبار ، وأمّا ما حكي عن الشيخ (قدّس سرّه)(١) من وجود أخبار الفرقة فهو لا يدل على وجود رواية وردت في المقام حتى يكون ذلك منه في حكم الارسال وتكون الاجماعات المنقولة موجبة لانجبارها ، إذ لا معنى لانجبار رواية لم ينقل لنا عينها ولا أثرها ، والانجبار على تقدير القول به إنما يصح فيما إذا رويت رواية لها دلالة على حكم إلّا أنّ سندها ضعيف فيقال حينئذ إنّ الشهرة توجب انجبار ضعفها بحيث لو كانت حكيت لنا تلك الرواية لاستفدنا منها ذلك الحكم ، وأمّا مجرد نقل رواية لم يرو لنا عينها ولا دلالتها ، لا هو في جامعيه ولا غيره من المحدّثين في كتب الأخبار ، فلا يثبت به وجود الرواية ، إذ لو كانت هناك رواية لنقلها هو في جامعيه أو غيره من المحدّثين ، فالظاهر أنّ الشيخ قد استفاد هذا الحكم باستنباطه من ملاحظة بعض الأخبار كروايات خيار الحيوان وغيرها ، وإلى تلك الروايات أشار بقوله لوجود أخبار الفرقة ، لا أنّ المراد بها هو رواية خاصة دلّت على هذا الحكم وقد صدر منه (قدّس سرّه)(٢) نظير ذلك في صلاة المسافر في باب السفر للصيد حيث

---

(١) الخلاف ٣ : ٢٠ ذيل المسألة ٢٥ .

(٢) لاحظ الخلاف ١ : ٥٨٨ ، المسألة ٣٥٠ .

حكم فيه بالتمام مستدلاً بقوله لأخبار الفرقة، إلّا أنّا وجدنا تلك الأخبار التي أشار إليها الشيخ هناك بخلاف المقام، وعليه فإذا اشترط الخيار أو اشترطه مدة بلا تعيين فالظاهر بطلان الاشتراط لما مرّ فلا نعيد.

مبدأ خيار الشرط

مبدأ هذا الخيار إنما هو على حسب جعل المتعاقدين فإذا اشترطا الخيار إلى مدة معيّنة وقد عيّنا مبدأ الخيار فتحسب المدة من ذلك الزمان الذي جعلاه مبدأً للخيار، وهذا مما لا إشكال فيه، وإنما الكلام فيما إذا أطلقا ولم يعيّنا المبدأ فالظاهر أنّ المبدأ حينئذ من حين العقد، لأنه المتبادر من الاطلاق.

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنه إذا شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد، ولكنه مبني على أن يكون اليوم عبارة عن طلوع الفجر إلى الغروب وفيه كلام وإشكال، وقد ذكرنا في بحث الصلاة[٢] أنّ اليوم اسم لطلوع الشمس إلى غروبها، وأنّ الشمس ما دامت تحت الأرض يحسب من الليل على خلاف في محلّه.

وكيف كان فقد ذهب الشيخ[٣] والحلّي[٤] إلى أنّ مبدأ الخيار أي خيار الشرط عند الاطلاق من حين التفرق، هذا.

وقد تقدّم وجه ذلك في خيار الحيوان وهو أنه إذا كان مبدأ خيار الحيوان أو

---

(١) المكاسب ٥ : ١٢٠.

(٢) شرح العروة ١١ : ١٨٨ ـ ١٩١ وأيضاً ص٢٦٩.

(٣) الخلاف ٣ : ٣٣ المسألة ٤٤ من كتاب البيوع.

(٤) السرائر ٢ : ٢٤٧.

الشرط من حين العقد للزم اجتماع خيارين في زمان واحد وهما خيار المجلس وخيار الحيوان أو هو وخيار الشرط ، ولكنّك عرفت الجواب عن ذلك وقلنا إنه لا مانع من اجتماعهما ، فإنّ الخيار كالقصاص وإن لم يكن قابلاً للتعدّد ولا للتأكّد إلّا أنه من جهة تعدّد أسبابه في حكم المتعدّد فراجع ، هذا .

مضافاً إلى أنّ لازم جعل مبدأ خيار الشرط من حين التفرّق فراراً عن محذور اجتماع الخيارين في زمان واحد هو جعل مبدأ خيار الشرط بعد ثلاثة أيام في خيار الحيوان ، لأنّ جعله من حين العقد مستلزم لمحذور الاجتماع أيضاً ، وهذا مما لا يلتزم به القائل في خيار الحيوان ولا يرضى بجعل مبدأ خيار الشرط بعد ثلاثة أيام في خيار الحيوان ، فلا وجه لجعل مبدأ الخيار من حين التفرق .

بل ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنه لو جعل مبدؤه من حين التفرق بطل الشرط لأدائه إلى جهالة مدة الخيار ، إذ لا يعلم أنّ مدة زمان المجلس ساعة أو نصف يوم أو أقل أو أكثر ، وبما أنّ مبدأ خيار الشرط من منتهى خيار المجلس ومنتهاه مجهول ، فيكون مبدأ خيار الشرط مجهولاً ، والجهل بالمدة على مذاق المشهور يوجب البطلان ، فلا يصح جعل مبدأ الخيار من حين التفرق ، هذا .

ولكنّك عرفت أنّ الجهل بالمدة لا يمنع عن الاشتراط ، بل يمكن أن يقال في خصوص المقام إنّ الجهالة لو قلنا بأنها مانعة عن صحة الاشتراط في غير المقام لا تكون مانعة عنها في خصوص المقام فيما إذا كان منتهى خيار الشرط معلوماً معيّناً وهذا كما إذا وقع العقد أوّل يوم الخميس وقد اشترطا الخيار إلى غروب ذلك اليوم وهو يوم الخميس ، أو اشترطا الخيار إلى سنة من حين العقد ، وذلك للعلم بأنّ المشتري مثلاً يتمكّن من الفسخ إلى آخر تلك المدة المعينة ، غاية الأمر أنه لا يعلم

---

(١) المكاسب ٥ : ١٢٠ .

الاستناد وأنه بعد نصف ساعة من زمان البيع هذا التمكن من الفسخ مستند إلى خيار المجلس أو إلى خيار الشرط ، والجهل بالاستناد مع العلم بمنتهى الخيار غير مانع عن الاشتراط أبداً .

نعم ، لو كان منتهى خيار الشرط غير معيّن كما إذا اشترط الخيار من حين التفرق إلى سنة أو إلى شهر ، لكان ذلك موجباً لجهالة مدة خيار الشرط للجهل بزمان التفرق فلا يدري أنه بعد نصف يوم حتى تحسب السنة بعد نصف يوم أو أنه بعد ساعة حتى تحسب السنة بعد ساعة ، وباختلاف مبدأ السنة يختلف انتهاؤها فتكون المدة مجهولة ، وهذا بخلاف المثالين المتقدّمين فإن حين العقد إلى سنة أو أوّل يوم الخميس إلى غروبه مضبوط معيّن لا اختلاف فيه ، هذا .

ثم إنّ المقام يزيد على خيار الحيوان بإشكال آخر : وهو أنّ خياري المجلس والحيوان مجعولان بجعل إلهي ، وأمّا في المقام فخيار الشرط فيه مجعول بنفس المتبايعين ، والمتبادر من جعلهما الخيار إلى مدة كذا هو جعل الخيار في زمان لولا هذا الخيار لكان العقد لازماً ، وهذا إنما يتحقق فيما إذا كان مبدأ الخيار بعد الافتراق ، إذ لو كان من حين العقد لما كان العقد فيه لازماً لولا هذا الخيار .

وفيه أوّلاً : أنّه لا وجه لهذا التبادر بوجه .

وثانياً : أنّ هذا لو تم فإنما يتم فيما إذا كان المشتري أو البائع الذي يجعل لنفسه الخيار عالماً بخيار المجلس ، وأمّا إذا كان جاهلاً بخيار المجلس فكيف يمكن أن يقال إنّهما إنّما يجعلان الخيار في زمان لولا هذا الخيار لكان العقد لازماً ، فلابدّ أن يكون مبدؤه بعد الافتراق ، إذ المفروض أنّهما جاهلان بخيار المجلس فلا يدريان أنّ البيع حين العقد غير لازم حتى لا يجعلا فيه الخيار .

وثالثاً : أنّ هذا لو تم لاقتضى أن يكون خيار الشرط في بيع الحيوان من حين انقضاء الثلاثة ولم يلتزم أحد بذلك ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) ذكر وجهاً آخر في المقام : وهو أنّ مبدأ الخيار لو كان هو زمان الافتراق بحكم الشارع للزم أن لا تكون العقود تابعة للقصود ، لأنّ قصدهما هو جعل الخيار من زمان العقد لا من زمان الافتراق .

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) بأنّ تخلّف العقود عن القصود إنما هو فيما إذا قصد المتعاملان أحد المتباينين كالهبة مثلاً والشارع حكم عليهما بالمتباين الآخر كالبيع ، أو قصد الانقطاع والشارع حكم عليهما بالدوام بناءً على تباينهما وأمّا إذا كان التخلّف بواسطة تضيّق دائرة مقصود المتعاقدين فهذا لا يكون من تخلّف العقود عن القصود ، وهذا كما إذا باع ما يملك وما لا يملك معاً والشارع حكم بأحدهما دون الآخر ، أو قصد المتعاقدان الملكية في الهبة والوقف من حين العقد والشارع حكم بالملكية بعد الاقباض فيهما ، وكذا في الصرف والسلم حيث إنّ قصدهما حصول الملكية من زمان العقد والشارع إنما أمضاهما بعد التقابض والوجه في ذلك هو انحلال القصد إلى قصدين أو أكثر والشارع يمضي أحدهما دون الآخر ويضيق بذلك دائرة مقصود المتبايعين .

وبالجملة : أنّ أمثال ذلك خارج عن باب تخلّف العقود عن القصود ، وفي المقام وإن كان قصدهما الخيار من حين العقد ، إلّا أنه لا مانع من أن يحكم الشارع بالخيار من حين التفرق ويخرج حصّة خاصة من الزمان وهي زمان العقد إلى زمان الافتراق عن الحكم بالخيار ، لأنه تضييق دائرة المقصود لا من باب تخلّف العقود عن القصود ، هذا .

وما أورده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) مبني على أن يكون مبدأ الحكم بالخيار

---

(١) المكاسب ٥ : ١٢١ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٧٦ .

هو زمان العقد ، وعليه فلا يكون حكم الشارع بالخيار من ذلك الزمان أي من زمان الافتراق من باب تخلّف العقود عن القصود ، ولكن الظاهر أنّ مراد شيخنا الأنصاري توجه الاشكال فيما إذا كان مبدأ الحكم بالخيار هو زمان التفرّق وأنه إذا قصد الخيار من زمان العقد والشارع حكم عليه بالخيار من زمان الافتراق لزم تخلّف العقود عن القصود ، وعدم ورود هذا الايراد على هذا التقدير أمر ظاهر لا خفاء فيه ، وذلك لأنهما إذا قصدا الخيار من حين العقد إلى سنة وحكم الشارع عليهما بالخيار من زمان الافتراق لزم تخلّف العقود عن القصود ، لأنّ زمان المجلس وافتراقهما إذا كان بمقدار نصف يوم فالشارع أضاف إلى مقدار السنة من حين العقد نصف يوم ، وأنهما بعد مضي سنة من حين العقد على الخيار إلى نصف يوم ، وإذا كان زمان الافتراق ساعة يضيف الشارع ساعة إلى مقدار السنة ويحكم بخيارهما فيها مع أنهما لم يقصدا الخيار إلّا من حين العقد إلى سنة وقد انقضت ، أمّا الخيار بنصف يوم أو بساعة بعد السنة ، فهو غير مقصود لهما مع أنّ الشارع حكم على خلاف قصدهما بالخيار ، فيلزم تخلّف العقود عن القصود .

القول في جعل الخيار للأجنبي

والكلام في ذلك يقع في جهات : الجهة الأُولى : في أصل مشروعية جعل الخيار للأجنبي . والظاهر بل المقطوع به أنّ محل الكلام غير صورة توكيل الأجنبي في فسخ العقد وإمضائه من قبله كما إذا اشترط أحد المتبايعين أن يكون ثالث أجنبي وكيلاً من قبله في فسخ العقد وإمضائه ، بأن يكون الفسخ فسخ ذلك المتبايع الموكّل والامضاء إمضاؤه ، وذلك لأن توكيل الأجنبي ممّا لا إشكال في جوازه شرعاً ولا مانع عنه في المقام قطعاً إلّا أنه يحتاج إلى قبول الأجنبي ، لأنّ الوكالة من العقود وتحتاج إلى إيجاب وقبول ، وقبول أحد المتبايعين غير مربوط بقبول الأجنبي ، فبعد

إيجاب الوكالة من أحد المتعاملين يتوقف ثبوتها على قبول الأجنبي الذي هو الوكيل، وهذا ظاهر.

وإنما الكلام في جعل الخيار للأجنبي لا على أن يكون الأجنبي وكيلاً من قبل أحدهما في إعمال الخيار، بل بأن يجعل الخيار له على نحو الاستقلال نظير خيار نفس البائع أو المشتري، فكما أنه حق يثبت لهما فكذلك يثبت للأجنبي عند اشتراطه في العقد، فربما يقال الخيار إنما هو في مقابل الالزام والالتزام، وهما إنما يثبتان للمتعاملين لأنهما يلتزمان بالعقد وبالخيار يرتفع عنهما اللزوم والالتزام فيصيران غير ملتزمين، لأنه مقتضى تقابل الخيار الذي هو بمعنى عدم الالتزام للالتزام بتقابل العدم والملكة، وأمّا الأجنبي فهو غير ملتزم بالعقد من الابتداء فجعل الخيار في حقه أي صيرورته غير ملتزم بالعقد من باب السالبة بانتفاء الموضوع. فبالجملة أنّ الأجنبي أجنبي عن المعاملة والالتزام فلا معنى لجعل الخيار له وعليه، فيكون اشتراط الخيار للأجنبي مخالفاً للشرع، لأنّ الثابت إنما هو صحة اشتراط الخيار لأحد المتعاملين أو لكليهما، وأمّا صحته للأجنبي فهي بعد تحتاج إلى دليل.

ودعوى شمول قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »[1] لاشتراط الخيار للأجنبي، مدفوعة بأنّ قوله « المؤمنون » الخ ليس مشرّعاً للحكم وإنما هو ناظر إلى الالتزام بما ثبت مشروعيته في الشريعة المقدسة، وأنه إذا اشترط أمراً ثابتاً في الشرع فلابدّ من أن يلتزم به، وكون اشتراط الخيار للأجنبي مشروعاً أوّل الكلام. مضافاً إلى أنّ شموله للأحكام الوضعية غير معلوم، لما قوّيناه في محله من اختصاصه بالأحكام التكليفية وأنّ معنى « المؤمنون عند شروطهم » الخ وجوب

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤.

العمل على طبق ما اشترطه نظير قوله : المؤمن عند عدته .

وبما ذكرنا يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من أنه لا مانع من اشتراط الخيار للأجنبي عقلاً ولا شرعاً غير تام ، لأنّ المانع كما أفاده وإن كان مفقوداً إلّا أنّ الكلام في أصل ثبوت المقتضي لصحة اشتراط الخيار للأجنبي مع أنه أجنبي عن طرفي المعاملة ، وأيّ دليل دلّ على ارتفاع اللزوم بفسخ ذلك الأجنبي مع عمومات أدلة اللزوم ودلالتها على لزوم البيع وعدم انفساخه بفسخ الأجنبي . نعم يثبت ارتفاع عقد المتعاقدين بفسخ الأجنبي في مثل النكاح حيث يثبت فيه للعمّة والخالة الخيار عند تزويج بنت أُختها أو بنت أخيها إلّا أنه ثبت بدليل وإلّا فلا وجه لارتفاع معاملة أحد بفسخ شخص أجنبي .

والانصاف أنّ الشبهة قوية والظاهر أنه لا مناص عنها إلّا بما أشرنا إليه في الأمر المتقدم في معنى جعل الخيار واشتراطه في العقود حيث قلنا إنّ مرجع اشتراط الخيار إلى أن الملكية المنشأة ملكية موقتة ومقيّدة بزمان فسخ من اشترط له الخيار من المتعاقدين ، فإنّ إنشاء الملكية الموقتة والمقيّدة إذا كان أمراً معقولاً عند اشتراط الخيار لأحد المتبايعين فلا محالة يكون معقولاً عند اشتراط الخيار للأجنبي فيكون معنى جعل الخيار له أنّ الملكية المنشأة مقيّدة وموقتة إلى زمان فسخ ذلك الأجنبي ، وهذه الملكية الموقتة بالفسخ كما أشرنا إليه في الأمر المتقدم أمر عقلائي فتشملها عمومات أدلة البيع نحو ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وغيره .

وهذا لا يقاس بالملكية الموقتة من حيث الزمان كالبيع إلى سنة أو إلى شهرين ، فإنّ العرف يرون البيع متقوّماً بالدوام من حيث الزمان فلا تشمل مثله العمومات ، بخلاف المقيّد بالفسخ فإنه أمر دارج عند العقلاء فتشمله أدلّة لزوم

---

(١) لاحظ المكاسب ٥ : ١٢٤ .

المعاملة ، وشمول العمومات يكفي في صحة هذا الاشتراط وإن قلنا بعدم شمول « المؤمنون عند شروطهم » للمقام ، لما أشرنا إليه من اختصاصه بالتكليفي دون الوضعي ، وبما ذكرناه يصح جعل الخيار للأجنبي كما يصح جعله لأحد المتعاملين لأنّ مرجعه إلى إنشاء الملكية المقيّدة بزمان فسخ الأجنبي أو المتعاملين .

الجهة الثانية : هل يحتاج اشتراط جعل الخيار للأجنبي إلى قبول ذلك الأجنبي ، أو أنّ الخيار يثبت له سواء رضي به وقبله أم لم يرض به ولم يقبله ؟ وعلى تقدير الاحتياج إلى القبول وعدم قبول الأجنبي يثبت للمشروط له الخيار لأنه إنما رضي بالعقد مشروطاً بثبوت الخيار للأجنبي ، فإذا لم يثبت له الخيار فللمشروط له الخيار وله فسخ العقد وإجازته من أجل تخلّف شرطه كما هو ظاهر عبارة الوسيلة[1] حيث قال وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار ؟

فربما يقال : إنّ الخيار ملك فسخ العقد وإثباته فهو ملكية ، وحصول الملكية لأحد يتوقف على قبوله لا محالة ، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم فكيف بأنفسهم ، فكيف يمكن أن يجعل الملكية لشخص بلا إذنه وقبوله ومخالفته لسلطنته على نفسه ، وقد استفدنا السلطنة على النفس من مضامين الروايات وفحوى قوله « الناس مسلّطون على أموالهم »[2] وقد ورد ملك النفس أيضاً في الكتاب كقوله تعالى **﴿لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي﴾**[3] الخ . وبالجملة أنّ ثبوت الملكية له يتوقّف على إجازته وقبوله لأنّ ثبوتها له بلا رضاه مخالف لتسلّطه على نفسه ، هذا .

ولا يخفى أنّ الجواز الثابت بالخيار بعينه الجواز الثابت في مثل الهبة ولا فرق

---

(١) الوسيلة : ٢٣٨ .

(٢) عوالي اللآلي : ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

(٣) المائدة ٥ : ٢٥ .

بينهما بحسب الحقيقة ولا تمايز بينهما إلّا من جهتين :

الأُولى : أنّ الجواز الثابت بالاشتراط والخيار أمر رفعه بيد المكلّف وله أن يرفعه عند إرادته ، بخلاف الجواز الثابت في أمثال الهبة من العقود الجائزة حيث إنّه لا يرتفع بالرفع ولا يسقط بالاسقاط .

وثانيهما : أنّ الجواز في الهبة لمّا كان لازماً لها وغير منفك عنها برفع المكلّفين فلا جرم كان مختصاً بمن ثبت له ، ولا يصح انتقاله إلى وارثه عند موته لكون الجواز غير منفك عن المورّث ، وهذا بخلاف الجواز في الخيار فانه ينتقل إلى الورثة بالموت كما يصح إسقاطه ، وأمّا بحسب الحقيقة فلا فرق بين الحكمين والجوازين .

فإذا عرفت ذلك فنقول : الملكية في الأُمور الخارجية كملكية الكتاب ونحوها المعبّر عنها بالملكية الاعتبارية أمر يتوقف على أسبابه ، ولا تحصل بدون السبب إلّا في الارث ، وأمّا في غيره فالتملّك يحتاج إلى سبب حتى في المباحات الأصلية . وأمّا المالكية على النفس والسلطنة عليها فهي ليست من الملكية الاعتبارية ، ومعناها أنّ الإنسان مسلّط على أمواله ونفسه بحيث لا يحجر عليه في تصرفاته الراجعة إلى أمواله أو إلى نفسه ، وأمّا الأحكام العارضة عليه فهي خارجة عن متعلّق سلطانه وليس له السلطنة على أحكامه ، وإنّما ثبت له السلطنة على أمواله ونفسه بالمعنى المتقدّم ، وقد ذكرنا أنّ الجواز الثابت بالخيار بعينه الجواز الثابت في الهبة فهو حكم حقيقة وإن كان له خصوصية من الجهتين المتقدّمتين ، وقد عرفت أنّ معنى الخيار هو ملك فسخ العقد وإبقائه بمعنى أنّ له القدرة على أحدهما لا بمعنى الملكية الاعتبارية .

وعليه فإذا اشترط الخيار للأجنبي وقلنا إنّ مرجعه إلى تقييد الملكية إلى ما قبل زمان الفسخ بحيث لو فسخ ترتفع الملكية ولو لم يفسخ فلا ترتفع لا محالة وفرضنا أنّ العمومات شملته ، فلا محالة يثبت للأجنبي جواز الفسخ وإمضائه ، وهو

حكم من الأحكام وليس له السلطنة على أحكامه ، وقد عرفت أنّ معنى الخيار أيضاً هو القدرة على الفسخ أو الامضاء ، وثبوت مثل ذلك لا يتوقف على قبوله لأنه حكم ثبت في حقه ولا سلطنة له على أحكامه . فالمتحصّل أنّ القبول ممّا لا حاجة إليه في اشتراط الخيار للأجنبي .

ومن ذلك يظهر أنّ الأجنبي الذي حكمنا بقدرته على فسخ العقد أو إمضائه شرعاً ليس له إسقاط ذلك الخيار ، لأنّ الثابت هو أنّ المتبايعين إذا أسقطا خيارهما أو خيار أحدهما يسقط لتمكّنه من رفع الجواز الثابت في حقه شرعاً ، وأمّا الأجنبي الثابت له الجواز والقدرة على أحدهما فلم يدل دليل على إسقاط الجواز عنه باسقاط نفسه كما لم يدل دليل على انتقاله منه إلى وارثه ، بل الثابت بحسب الدليل أنّ الأجنبي يجوز له رفع العقد وإبقاؤه إذا فسخ ، فتحصل غاية الملكية الموقتة فترتفع بوصول غايتها ، وإلّا فلا محالة تبقى لعدم حصول غايتها ، وأمّا أزيد من ذلك من سقوطه بالاسقاط وانتقاله إلى ورثته فلا لعدم قيام الدليل عليه .

الجهة الثالثة : هل يتمكّن البائع أو المشتري من رفع اليد عن هذا الخيار الثابت للأجنبي باشتراطهما بعد المعاملة بأن يتراضيا على لزوم المعاملة بعد ما أوقعاها بشرط الخيار للأجنبي ويسقطا هذا الخيار ، أو أنّ الخيار الثابت للأجنبي باشتراطهما مما لا يقبل السقوط باسقاطهما ؟

ذكر السيد (قدّس سرّه)[1] في حاشيته أنّ خيار الأجنبي يسقط باسقاط المشروط له أحدهما كان أو كلاهما ، وذلك لأنه وإن كان حقاً ثابتاً للأجنبي إلّا أنه من جهة حق المشروط له ، لأنّ خيار الأجنبي حق للمشروط له فكما أنه إذا كان اشترط الخيار لنفسه كان حقاً له فكذلك فيما إذا اشترطه للأجنبي يكون حقاً له

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٢٥ من مبحث الخيارات .

فله أن يرفع يده عن حقه باسقاطه ، فإذا أسقطه فلا محالة يسقط خيار الأجنبي هذا .

ولا يخفى أنّ الخيار الثابت للأجنبي بمجرد الاشتراط لم يدل دليل على سقوطه باسقاط نفس ذلك الأجنبي فضلاً عن المشروط له ، والعلّة في تحقّقه هو حدوث الاشتراط دون بقائه ، فسواء رفع يده عن اشتراطه أم لم يرفعها يتمكّن الأجنبي من الفسخ والامضاء ، إلّا أنه لا يتمكّن من إسقاطه لعدم دلالة الدليل على سقوطه باسقاطه كما لم يقم دليل على سقوطه باسقاط المشروط له ، وعليه فالظاهر أنّ إسقاط المشروط له بعد الاشتراط لا يرفع الخيار الثابت للأجنبي بعد شمول العمومات لذلك الملك الموقت الحاصل باشتراط الخيار للأجنبي .

وما أفاده إنما يتم في شروط الأفعال كاشتراط الخياطة ونحوها ، فإنّ معناه كما عرفت سابقاً هو جعل الخيار لنفسه ، وله بعد المعاملة أن يسقط هذا الخيار الثابت له على تقدير عدم الخياطة ، وأمّا في شرط النتيجة كما في المقام فلا ، لأنه بمجرد الاشتراط حصل للأجنبي هذا الخيار ولا حالة انتظارية له كما كان له تلك الحالة في شرط الفعل كالكتابة والخياطة ، لأنّ الخيار إنما يثبت له بعد عدم كتابة المشروط عليه أو عدم خياطته لا بمجرد العقد ، وهذا بخلاف المقام لأنّ الخيار يثبت فيه بمجرد العقد المتضمّن للاشتراط لأنه من شرط النتيجة وهي تتحقّق بمجرد الاشتراط ، فلا يتمكّن المشروط له من إسقاط الخيار الثابت للأجنبي بعد الاشتراط .

الجهة الرابعة : هل يجب على الأجنبي المجعول له الخيار مراعاة المصلحة للجاعل ، ويلاحظ أنّ الأصلح في حقه الفسخ فيختار الفسخ أو الامضاء فيختار الامضاء بحيث إذا اختار غير الأصلح لا يكون نافذاً ، أو أنّ خياره مطلق ولا يشترط فيه مراعاة الأصلح بل له أن يختار ما يشاء ولو كان على خلاف مصلحته ؟

أمّا بحسب مقام الثبوت فتقيّد الخيار بمراعاة المصلحة وعدمه يتبعان كيفية جعل الخيار ، فيمكن أن يشترط خيار الأجنبي على نحو الاطلاق من دون تقييده

بمراعاة المصلحة ، كما يمكن أن يجعل الخيار له مقيّداً بمراعاة ما هو الأصلح في حق الجاعل ، وكلا الأمرين ممكن وهو تابع للجعل كما عرفت .

وأمّا بحسب مقام الاثبات ففيما إذا كان اشتراط الخيار للأجنبي من أحد الجانبين وأحد المتعاملين لا من كليهما ، فالمتبادر منه أنه إنما جعل الخيار للأجنبي لأجل مراعاة ما هو الأصلح له من الفسخ والامضاء ، كما أنّ الظاهر فيما إذا اشترط كلا المتعاملين الخيار للأجنبي أنّ الخيار المجعول للأجنبي غير مقيّد بمراعاة المصلحة ، لأنّ الغالب أنّ المعاملة المبنية على المغابنة والمرابحة إذا كانت رابحة للبائع فهي خاسرة للمشتري وإذا كانت رابحة للمشتري فهي خاسرة للبائع .

نعم ، يمكن في بعض الموارد أن يكون البيع مصلحة للبائع والشراء مصلحة للمشتري إلّا أنه نادر ، فإذا اشترط المتعاقدان كلاهما خيار الأجنبي فالظاهر حسب المتفاهم العرفي أنّهما لا يريدان بذلك أن يختار الأجنبي ما هو الأصلح لهما من الفسخ والامضاء ، لما أشرنا إليه من أنّ المعاملة بحسب الغالب لا تكون مصلحة لكل من البائع والمشتري ، وهذا بخلاف ما إذا كان اشتراط الخيار للأجنبي من قبل أحدهما فإنّ الظاهر منه أنه يريد بجعل الخيار أن يختار الأجنبي ما يراه مصلحة في حقه وإن أمكن عدم إرادة ذلك أيضاً إلّا أنّ الظاهر هو ما ذكرنا .

الجهة الخامسة : أنّ الخيار ربما يجعل للأجنبي بانفراده وحكمه ما عرفت .

وأُخرى يجعل الخيار له ولنفسه ، بأن يكون هناك خيار واحد ويقوم بالجامع بينهما ، وعليه فإذا سبق أحدهما الآخر باعمال الخيار بفسخ العقد أو بامضائه فقد سقط الخيار ، لأنّ المفروض أنه قائم بالجامع بينهما والجامع قد أعمل الخيار بالامضاء أو الفسخ ، والخيار واحد فقد سقط باختيار الفسخ أو الامضاء ، ومعه لا يبقى للمتأخّر منهما الخيار لسقوطه باعمال السابق وذلك ظاهر .

وثالثه يشترط الخيار لنفسه وللأجنبي على نحو الاستقلال بأن يكون لكل

منهما خيار مستقل ، فهناك خياران فإذا سبق أحدهما الآخر بالفسخ فلا محالة يسقط خيار الآخر أيضاً لانفساخ العقد وارتفاعه بفسخ السابق منهما ، وأمّا إذا سبقه بامضاء العقد فمعناه أني أسقطت حقّي ورفعت اليد عن خياري ، وحينئذ فلا يسقط بذلك خيار الثاني منهما ، لأنّ إسقاط الأول حقه لا يستلزم إسقاط الآخر له فله بعد ذلك أن يعمل خياره بالفسخ أو الامضاء .

ورابعة يشترط الخيار للمجموع منه ومن الأجنبي بأن يثبت لهما بتلك الهيئة المركبة خيار واحد كما ذكرنا ذلك في الخيار المنتقل إلى الورثة وقلنا إنّ الورثة بأجمعهم بمنزلة مورّثهم فلمجموعهم خيار واحد ، وحينئذ إذا اتّفقوا بأجمعهم فأمضوا البيع فلا محالة تنفذ المعاملة ويسقط الخيار ، وإن اتّفقوا ففسخوا فتنفسخ المعاملة وأمّا إذا فسخ بعضهم دون الآخرين أو أمضاه بعضهم بدون بعض فهو لا يوجب سقوط الخيار ، لأنه كما فرضناه قائم بالمجموع والمجموع لم يسقطه ولم يفسخ فلا محالة يبقى على حاله .

فالمتلخّص : أنّ الخيار المجعول للمتعدّد تارةً على نحو جعل خيار واحد قائم بالطبيعي وحينئذ عند سبق أحدهما الآخر بالفسخ أو الامضاء يرتفع الخيار الواحد باعماله ، وأُخرى على نحو جعل خيارات مستقلّة لكل ممن اشترط خياره ، وثالثة يجعل الخيار للمجموع المركب وقد عرفت حكمه في خيار المجلس وإنما تعرّضنا له في المقام تبعاً لما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) استطراداً .

الجهة السادسة : حيث تعرّضوا لاشتراط الخيار للأجنبي ، عنونوا اشتراط الخيار على نحو آخر متوسط بين اشتراط الخيار للأجنبي واشتراطه لنفسه ، وهذا كما إذا اشترط الاستئمار من الأجنبي فيأتمر بأمره ، وهذا كثير الوقوع فترى أنه يشتري

---

(١) المكاسب ٥ : ١٢٢ .

مبيعاً ويشترط فيه الخيار لنفسه على تقدير عدم رضا والده أو أخيه أو غيرهما وهذا هو معنى الاستئمار بأن يطلب منه أمره في المعاملة التي أوقعها ، فإن رآها مصلحة فيأمره بالامضاء ، وإن رآها ممّا لا مصلحة فيه فيأمره بفسخها ، ومسألة الاستئمار وإن كانت ذات صور عقلية متعدّدة بحسب التصوّر إلّا أنّ المتعارف منها اثنتان كما ذكره السيد (قدّس سرّه) في الحاشية[1].

إحداهما : أن يكون الغرض من اشتراط الاستئمار جعل حق وخيار لنفسه في البيع إلّا أنه لمّا لم يعرف المصلحة والفساد لأنّ البلدة غريبة أو المبيع مما لم يبتل به ولا يعرف حسنه اشترط الاستئمار من أجنبي كالوالد أو الأخ أو غيرهما ، وفي هذه الصورة ليس للأجنبي حق الأمر ولا الاجبار بشيء وإنما الحق للمستأمر بالكسر وأنه الذي يتمكّن من الفسخ والامضاء بعد الاستئمار ، وعليه إذا أراد الفسخ قبل الاستئمار من الأجنبي فلا ينفذ ، إذ لا حق له في الخيار ولا قدرة له قبل الاستئمار نعم له إسقاط حقه وخياره قبل الاستئمار لسلطنته على إسقاط حقه ، ولا محذور فيه إلّا دعوى أنه من قبيل إسقاط ما لم يجب ، إذ المفروض أنّ الخيار إنما يثبت له بعد الاستئمار لا قبله فاسقاطه قبله إسقاط لما لم يجب ، إلّا أنها مندفعة بعدم الدليل على عدم جوازه إلّا الاجماع المعلوم عدم انعقاده في المقام .

كما أنّ الأجنبي إذا أمره بالفسخ أو بالامضاء قبل أن يستأمره لا إشكال في ثبوت الخيار له ، وذلك لأنه وإن كان مشروطاً بالاستئمار إلّا أنّ المتفاهم العرفي في مثله يقتضي عدم الموضوعية للاستئمار والسؤال ، إذ الظاهر أنهما طريقان إلى أمر الأجنبي وليس لسؤاله منه موضوعية ، وهذا أشبه شيء بالسؤال في آية **﴿فَاسْأَلُوا**

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٢٥ من مبحث الخيارات .

﴿أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾(١) حيث إنّ أهل الذكر إذا أخبره بالحرمة أو الوجوب قبل أن يسأله الجاهل لا إشكال في وجوب متابعته ، ولا يصح في مثله أن يقال إنّ وجوب العمل بقول أهل الذكر مشروط بالسؤال وهو بعد لم يسأله ، إذ الظاهر أنّ السؤال طريق إلى كشف نظر العالم أو الآمر في المقام ، لأنهما لا يعلمان الغيب حتى يأمرا قبل السؤال وإنما يلتفتان إلى الحال بعد السؤال ، فهو طريق ولا موضوعية له وعليه فإذا أمره الآمر أي الأجنبي قبل استئماره فلا محالة يثبت له الخيار .

ثم إنه إذا استأمره أو لم يستأمره إلّا أنه أمره بالاجازة والامضاء فليس له حق الفسخ حينئذ ، لأنّ قدرته عليه مشروطة بالاستئمار من الأجنبي والأخذ برأيه ونظره ، ونظره فعلاً هو الامضاء دون الفسخ .

وأمّا إذا أمره بالفسخ ابتداءً أو بعد الاستئمار فهل يجب على المستأمِر الفسخ ؟ الظاهر لا ، وذلك لأنّ المشروط والمعلّق على أمر الأجنبي إنما هو قدرة المستأمر على الفسخ لا وجوب الفسخ كما هو واضح ، والمستأمر بعد أمر الأجنبي يتمكّن من الفسخ والامضاء ، فلا وجه لوجوب الفسخ عليه بعد أمر الأجنبي بالفسخ ، والظاهر أنّ مراد الفقهاء من اشتراط الاستئمار وعدم ثبوت الخيار للمستأمِر قبل الاستئمار وعدم تمكّنه من الفسخ على تقدير أمر الأجنبي له بالامضاء وتمكّنه من الفسخ فيما لو أمره به قبل استئماره وعدم وجوب الفسخ عليه فيما إذا أمره بالفسخ ، كل ذلك إنما هو هذه الصورة أعني جعل حق لنفسه على تقدير أمر الأجنبي ، لأنها المتبادر من اشتراط الاستئمار حسب المتفاهم العرفي وهي التي تقع كثيراً ، وعليه فيرد عليهم النقض بأنّ ذلك من باب تعليق الخيار على أمر مجهول الحصول كقدوم الحاج ونوم زيد ، فكما إذا اشترط الخيار لنفسه على تقدير قدوم الحاج يبطل الاشتراط لكونه

---

(١) النحل ١٦ : ٤٣ .

مجهول المدة والحصول ، فكذلك فيما إذا اشترط الخيار على تقدير أمر الأجنبي فإنه أمر مجهول من حيث المدة والحصول ، وقد ذكروا أنّ تعليق الخيار على أمر مجهول الحصول مبطل ، ولازم ذلك أن يكون اشتراط الاستئمار موجباً للبطلان لأنه من تعليق الخيار على شيء مجهول ، وهذا النقض وارد على الفقهاء ولا مناص لهم عنه إلّا على ما أشرنا إليه من أنّ الجهالة في الخيار لا توجب الغرر ولا البطلان ، وأنّ حديث نفي الغرر على تقدير تماميته يختص بالبيع ولا يشمل مطلق الغرر .

والمتحصّل من جميع ذلك : أنّ الصورة المرتكزة عند المتعاملين من اشتراط الاستئمار هي هذه الصورة ، وملخّصها أن يشترط المستأمِر لنفسه الخيار معلّقاً على استئمار الأجنبي وأمره ، فالخيار حق للمستأمر معلّقاً على الاستئمار ، وليس للأجنبي حق في البين ولا يمكنه الاجبار بشيء .

الصورة الثانية : أن يشترط الخيار مع حق للطرف عليه كما أنّ له حقاً على طرفه ، وهذا يتصوّر على وجهين :

الأول : أن يشترط أحد المتعاملين على الآخر عدم إعمال خياره إلّا مع أمر الأجنبي له بأن يثبت له الخيار من الابتداء إلّا أنّ إعماله مشروط ومعلّق على أمر الأجنبي له ، وعليه فللمستأمر حق وخيار على طرفه كما أنّ له حقاً على المستأمر حيث إنه اشترط على المستأمر عدم إعمال خياره إلّا على تقدير أمر الأجنبي ، وقد ذكرنا سابقاً أنّ مرجع الاشتراط إلى جعل الخيار لنفسه ، وعليه فيثبت للطرف الخيار ، أي خيار تخلّف الشرط على تقدير إعمال المستأمر خياره قبل الاستئمار هذا .

ولكن هذه الصورة لا ترجع إلى معنى محصّل بناءً على الوجه المختار في معنى الاشتراط ، لأنّ اشتراط شيء في ضمن المعاملة مرجعه إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم ذلك الشرط ، وعليه فلا معنى لاشتراط عدم إعمال المستأمِر خياره إلّا

بعد الاستئمار ، فإنّ مرجعه إلى أنّ الطرف يشترط لنفسه الخيار على تقدير إعمال المستأمر خياره قبل الاستئمار من جهة تخلّف الشرط ، والمستأمِر إذا تخلّف وأعمل خياره قبل أن يستأمر الأجنبي فبما أنّ خياره ثابت من الابتداء فينفذ فسخه وبه ترتفع المعاملة ، إلّا أنه لمّا تخلّف عن الشرط يثبت للطرف خيار تخلّف الشرط ، مع أنه من اللغو الظاهر إذ لا ثمرة للخيار بعد ارتفاع العقد بفسخ المستأمر وإعماله الخيار قبل الاستئمار ، لارتفاع موضوعه فما معنى الخيار الثابت للطرف .

نعم ، بناءً على مسلك المشهور في معنى الاشتراط وهو كون الاشتراط التزاماً مقارناً للالتزام المعاملي وموضوعاً لوجوب الوفاء تكليفاً ، يترتّب على هذا الاشتراط ثمرة ، وهي أنّ المستأمر لو فسخ قبل حصول شرطه يرتكب أمراً محرّماً إذ يجب عليه أن يفسخ بعد حصول شرطه لا قبله وهو مجرد حكم تكليفي ومخالفة وعصيان له ، إلّا أنّ فسخه نافذ لأنه صدر من أهله ووقع في محلّه .

نعم ، بناءً على مسلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) في أمثال المقام من أنّ حرمة الفسخ تكليفاً توجب سلب قدرة المشروط عليه على الفسخ شرعاً ، لا تترتّب على فسخه قبل حصول شرطه الذي هو الاستئمار ثمرة ولا تنفسخ به المعاملة ، إلّا أنّ مرجعه إلى الصورة الأُولى وهي تعليق أصل الخيار على الاستئمار من الأجنبي بحيث لا يتمكّن من الفسخ قبله ، فلا تكون هذه الصورة مغايرة للصورة الأُولى كما هو ظاهر .

الثاني : أن يشترط الطرف على المستأمر فسخ العقد بعد أمر الأجنبي له وهذا من دون فرق بين ثبوت الخيار للمستأمر من الابتداء وثبوته له بعد أمر الأجنبي ، ومرجع هذا إلى اشتراط الفعل دون اشتراط النتيجة ، وعليه فإذا حصل المعلّق عليه وفسخ المستأمر فهو وإلّا فيثبت للطرف الخيار ويتمكن من فسخ العقد وإمضائه ، وهذه الصورة لا إشكال فيها إلّا أنّ المرتكز عند المتعاملين هو الصورة

الأُولى كما عرفت ، هذه هي الصور المعقولة لشرط الاستئمار .

ثم إنّ الخلاف والنزاع المتقدم في مسألة جعل الخيار للأجنبي وأنه مشروط بمراعاة الأصلح أو غير مشروط به يأتي في المقام أيضاً فيقال إنّ المعلّق عليه هل هو أمر الأجنبي فيما إذا راعى الأصلح ، أو أنّ المعلّق عليه هو مطلق أمر الأجنبي صدر عن مراعاة المصلحة أو من جهة الاشتهاء النفساني ؟

مقتضى الاطلاق وعدم تقييد أمر الأجنبي بكونه صادراً عن ملاحظة المصلحة هو أنّ المعلّق عليه مطلق أمر الأجنبي ، كما أنّ مقتضى المناسبات المرتكزة عند العرف بين الأحكام وموضوعاتها يقتضي أن يكون المعلّق عليه هو الأمر الصادر من الأجنبي عن مراعاة المصلحة ، لأنّ هذا الاشتراط إنما هو من جهة أنّ المتعامل جاهل بالصلاح والفساد ومن أجل ذلك اشترط أمر الأجنبي ، لأنه عارف بما هو الصلاح والفساد فيكون المعلّق عليه الأمر المبني على مراعاة الأصلح لا مطلق الأمر ولو صدر من مجرد الاشتهاء النفساني ، هذا تمام الكلام في اشتراط الاستئمار وجعل الخيار للأجنبي .

بيع الخيار

ومن أقسام ذلك بيع الخيار وهو اصطلاح ، والمراد به البيع الذي فيه الخيار بجعل المتعاقدين ، وهو البيع الذي اشترطوا فيه الخيار على تقدير رد مثل الثمن وهذا متعارف بين الناس من جهة احتياجهم إلى النقود مع إرادة التحفّظ على خصوصيات الأموال لبعض الأغراض ككون الكتاب مخطوطاً بخط جدّه أو كون فرسه متخصصاً بخصوصية تمنع عن رفع اليد عنه وهكذا ، ولأجل ذلك يبيع ماله ليأخذ ثمنه لحاجته إلى النقد ، وبما أنه لا يريد أن يرفع اليد عن ماله لما فيه من الخصوصيات الداعية إلى إبقائه فيشترط على المشتري الخيار على تقدير ردّ مثل

الثمن لا نفسه لاحتياجه إليه ، وبهذا يجمع بين رفع احتياجاته بالنقود وإبقاء ماله لما فيه من الخصوصيات .

وكيف كان ، فلا إشكال عندنا في جواز ذلك بوجه ، إلّا أنّ العامّة[1] أكثرهم أو جميعهم منعوا عن ذلك وبهذا جرت قوانينهم اليوم حيث لا اعتبار بالبيع بشرط الخيار عند ردّ مثل الثمن بحسب القوانين الوضعية ، وليس عندهم إلّا الرهن دون هذا البيع .

لنا على ذلك ـ مضافاً إلى ما تقدم من عمومات أدلة الشروط لأنه أيضاً من الشروط في ضمن المعاملة وهي جائزة ـ الروايات[2] الواردة في المقام ، وفيها صحيح وموثّق وغير موثّق وقد دلّت على أنّ البيع واشتراط الخيار عند ردّ مثل ثمنه جائز ، وكيف كان فأصل ذلك ممّا لا خلاف فيه ، وإنّما الكلام في أُمور :

الأمر الأوّل

في تصوير كيفية هذا الاشتراط وهو يتصور على خمسة أوجه :

الأول : وهو المعروف المرتكز بين الناس أن يبيع ماله ويشترط فيه الخيار لنفسه عند ردّ مثل الثمن فيكون الخيار معلّقاً على ردّ مثل الثمن .

الثاني : أن يشترط الخيار لنفسه من الابتداء ، إلّا أنّ إعماله بالفسخ معلّق على رد مثل الثمن وكأنه اشترط فسخ العقد مقارناً لردّ مثل الثمن أو بعد زمان ردّ مثله ويكون المعتبر هو الحصة الخاصة من الفسخ وهو الذي يقارن رد مثل الثمن ، دون مطلق الفسخ ولو كان قبل الرد ، وبالجملة أنّ قدرته على الفسخ إنما هي في الزمان

(١) حكى عنهم في التذكرة ١١ : ٦٠ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٩ / أبواب الخيار ب٨.

المقارن للرد وأمّا قبله فلا قدرة له عليه . نعم له قدرة على إيجاد القدرة على الفسخ بايجاد المعلّق عليه بأن يردّ مثل الثمن فإنه بردّه يقدر على الفسخ أيضاً ، وهو نظير القدرة على صلاة القصر فإنها إنّما تحصل بعد السفر لا قبله ، إلّا أنه قادر على تحصيل القدرة عليه بايجاد موضوعه الذي هو السفر . وهذا القسم عين القسم الأول عند التحقيق ، لأنّ القدرة على الفسخ في كليهما تتوقف على الرد ولا قدرة له قبله في كلتا الصورتين ، فلا تغاير بينهما إلّا بحسب الألفاظ والمعنى في كليهما واحد كما شرحناه .

الثالث : أن يشترط كون الرد فسخاً للمعاملة ، إذ الفسخ تارةً يكون باللفظ بعد ردّ الثمن وأُخرى يكون بالفعل كما إذا ردّ الثمن بقصد كونه فسخاً ، وهذا في الحقيقة تضييق لدائرة الفسخ إلّا أنه مثل الوجهين السابقين ، غاية الأمر أنّ الفسخ فيهما كما يمكن أن يكون فعلياً كذلك يمكن أن يكون لفظياً ، وأمّا في هذا الوجه فالفسخ لابدّ وأن يكون فعلياً بالردّ ، لأنه يمكن أن يكون مصداقاً للفسخ كما إذا ردّ الثمن بقصد كونه فسخاً ، وأمّا إذا كان مثل الثمن عند المشتري من جهة من الجهات أو ردّه بقصد الأمانة أو العارية فلا يحصل به الفسخ . وبالجملة أنّ هذا الوجه أيضاً مرجعه إلى الأوّلين .

الرابع : أن يشترط انفساخ العقد عند ردّ مثل الثمن وهذا غير معقول كما أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في أواخر كلامه ، وذلك لأنه إن أراد أن يكون ردّ المثل بما هو هو موجباً لانفساخ العقد وغاية لارتفاع ملكية المشتري ولو لم يقصد بالرد فسخ المعاملة كما إذا ردّه إليه أمانة أو عارية أو وجده المشتري لقطة فهذا أمر لم يثبت في الشريعة المقدسة ، لأنّ الرد بما هو ليس غاية لملكية المشتري وموجباً للانفساخ بل يحتاج بعده إلى الفسخ ، وإن أراد بذلك أنّ الرد إذا قصد به

(١) المكاسب ٥ : ١٣١ .

الفسخ يحصل الانفساخ فهو صحيح إلّا أنه عين الوجوه المتقدمة ، لأنه شرط لانفساخ العقد بالفسخ ، وكل عقد ينفسخ بالفسخ كما في الوجوه المتقدمة ، لوضوح ارتفاع كل معاملة بعد فسخها .

الخامس : أن يشترط فعلاً على المشتري عند رد مثل الثمن بحيث إذا لم يفعله المشتري يثبت للبائع الخيار ، وهو أن يشترط إقالة المشتري فيما إذا استقاله بعد رد مثل الثمن ، فإذا رد مثل الثمن فاستقاله فأقاله المشتري فهو وإلّا فيثبت له الخيار في بيع ماله ويتمكّن من فسخه لخيار تخلّف الشرط ، وهذا الوجه في مقابل الوجه الأول ، وهو وجه مستقل إلّا أنه بعيد عن المرتكز بين الناس ، لرجوعه إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم فعل المشتري وعدم إقالته ، وكيف كان فالمعروف المرتكز هو الأوّل .

الأمر الثاني

أنّ الثمن في بيع الخيار إمّا أن يكون كلّياً وإمّا أن يكون شخصياً ، وعلى تقدير كونه كلّياً تارةً يكون كلّياً في ذمّة البائع وأُخرى يكون في ذمة المشتري أو في ذمة شخص ثالث .

إذا كان الثمن كلّياً وفي ذمة البائع فلا يأتي فيه القبض والاقباض ، إذ لا معنى لقبض ما في ذمّته ، فإذا فرضنا أنّ البائع مقروض للمشتري بمقدار من الدرهم أو الدينار ثم اشترى منه المشتري كتابه أو داره وجعل ثمنه المال المفروض في ذمة البائع ، فقد ملك البائع بذلك ما في ذمته بلا حاجة إلى القبض ، بل لا يمكن فيه القبض بوجه إذ لا معنى لقبض ما في ذمّته وبذلك يسقط ما في ذمته ، ويمكن أن يعود ما في ذمته ثانياً كما إذا فسخ البيع فإنه حينئذ مقروض للمشتري بما كان في ذمته ، وكيف كان فلا معنى للقبض في هذه الصورة ، إلّا أنّ البائع مع ذلك يتمكّن من الفسخ فيما إذا

اشترط في البيع فسخه عند ردّ مثل الثمن ، فإنّ الرد وإن لم يعقل في المقام لأنه عبارة عن الأخذ والاعطاء ، والأخذ غير متحقّق فيما إذا كان الثمن كلّياً في ذمة البائع ، إلّا أنّ الرد لا موضوعية له في خيار الفسخ ، وإنما المراد منه رفع اليد عن الثمن والتخلية بينه وبين المشتري سواء كان ذلك بالاعطاء بعد الأخذ أو كان بالاعطاء بلا أخذ كما في المقام ، والوجه في ذلك هو الفهم العرفي عند اشتراط الخيار برد مثل الثمن وهذا ظاهر .

وأمّا إذا كان الثمن كلّياً وفي ذمة المشتري أو في ذمة شخص ثالث فلا مانع حينئذ من القبض ، لأنّ القبض من المشتري أو الثالث أمر ممكن ، فإذا فرضنا في هذه الصورة أنّ البائع لم يقبض الثمن من المشتري باختياره حتى انتهت المدة التي اشترط الخيار في أثنائها فهل يسقط بذلك خياره أو لا ؟ احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] فيه وجهين : أحدهما السقوط من جهة عدم قبضه ورده الثمن في المدة المشروط فيها رد الثمن حتى انقضت المدة فلا محالة يسقط خياره . وثانيهما : الثبوت وعدم سقوط الخيار من جهة أنه وإن اشترط الرد إلّا أنّه بالدلالة الالتزامية يدل على اشتراط القبض أيضاً ، لأن الرد بلا قبض غير معقول فحيث إنه اشترط الرد المشروط بالقبض فكأنه اشترط كلاً من الرد والقبض ، وبما أنّ القبض والرد لم يتحققا في مفروض الكلام فلا محالة لا يسقط خياره ما لم يقبض الثمن ، هذا .

ولا يخفى أنّ احتمال ثبوت الخيار وعدم سقوطه بلا وجه ، وذلك لأنه لم يشترط الرد حتى يوجب ذلك اشتراط القبض بالدلالة الالتزامية ، بل إنما اشترط الخيار لنفسه وعلّقه على رد الثمن ، فليس الرد مشروطاً حتى يقتضي اشتراط القبض أيضاً ولعلّه ظاهر .

(١) المكاسب ٥ : ١٣١ .

فالصحيح أنّ الخيار يسقط بمجرد انقضاء المدة لا محالة . نعم يمكن أن يقال إنّ للبائع خيار تخلّف الشرط من جهة أنّ البيع قد اشترط في ضمنه القبض والاقباض من الطرفين ، إذ ليس البيع لمجرد حصول العلقة الملكية بل هي مع الاقباض ، فإذا استند عدم حصول القبض إلى انقضاء مدة الخيار إلى المشتري كما إذا طالبه البائع به ولم يدفعه إليه أو لم يسلّمه إليه بلا مطالبة البائع أيضاً فكان المانع عن حصول القبض هو المشتري ، فلا محالة يثبت للبائع خيار تخلّف الشرط الضمني ، وأمّا إذا كان عدم حصول القبض مستنداً إلى نفس البائع ولم يكن المشتري ممتنعاً عن الاقباض فلا يثبت له الخيار بوجه ، لا الخيار المشروط عند رد مثل الثمن ولا خيار تخلّف الشرط ولعلّه ظاهر .

ثم إنّ الثمن إذا كان معيّناً فتارةً يشترط البائع رد عين الثمن المعيّن وأُخرى يشترط ردّه أو ردّ مثله وبدله فيما إذا لم يتمكن من رد عين الثمن بسبب إتلاف شخص آخر غير البائع أو حتى بتلفه مطلقاً ولو كان من جانب البائع أيضاً أو ولو مع التمكّن من رد العين ، وثالثه يطلق ولا يقيّده بشيء ، هذه صور المسألة .

أمّا الصورة الأُولى : فلا إشكال في صحتها فيكون الخيار مشروطاً برد عين الثمن فلو تلف الثمن فلا محالة يسقط خياره فلا يتمكن من الفسخ ، اللهم إلّا أن يقال إنّ هذا الاشتراط منصرف إلى اشتراط سقوطه باتلاف البائع فيبقى إتلاف غير البائع داخلاً تحت الخيار ، إلّا أنّ ذلك نزاع صغروي وهو تابع للظهور العرفي المستفاد من الكلام .

وأمّا الصورة الثانية : وهي ما إذا اشترط ردّ عين الثمن أو بدله فيما إذا لم يتمكن من عين الثمن بسبب أمر غير مستند إلى البائع أو مطلقاً أي ولو كان بسبب نفس البائع أو ولو مع التمكن من رد عين الثمن ، فقد استشكل فيها شيخنا الأنصاري

(قدّس سرّه)[١] فيما إذا اشترط ردّ عينه أو بدله ولو مع التمكّن من ردّ عينه من جهة أنّ مقتضى فسخ المعاملة رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول ، فاشتراط ردّ بدله مع وجود عينه منافٍ لمقتضى الفسخ في المعاملات ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الايراد إنما يختص بما إذا اشترط ردّ بدله مع وجود نفس الثمن بأن يكون البدل هو المنتقل إلى المشتري ، وأمّا إذا اشترط في خياره ردّ بدل الثمن وثيقة وعند ردّ البدل يتمكن من الفسخ بأن يرجع كل واحد من العوضين إلى ملك مالكهما الأول عند مجيء البائع ببدل الثمن ، فلا إشكال فيه وهذا ربما يتّفق عند المتعاملين كما إذا خاف المشتري من أن يفسخ البائع المعاملة ولا يرد ثمنه ولذا يشترط عليه أن يأتي ببدل الثمن المعيّن عند إرادة الفسخ ، فإذا جاء به ودفعه إلى المشتري يتمكن من الفسخ ، فإذا فسخها فيرجع كل من عين الثمن المعيّن والمثمن إلى مالكهما الأول ثم يرد المشتري بدل الثمن الذي ردّه إليه البائع إليه .

وبعبارة أُخرى : يكون شرط رجوع كل من عين الثمن والمثمن إلى مالكهما هو ردّ بدل الثمن ، لا لأجل أنّ بدله ينتقل إلى المشتري بل ينتقل إليه عين الثمن ، إلّا أنّ ردّ بدله شرط في تمكّن البائع من الفسخ لئلّا يفسخ بلا ردّ ثمنه ثم يدفع المشتري هذا البدل إلى نفس البائع وينتقل إليه عين الثمن ، وهذا كما ترى ليس من باب رجوع بدل الثمن إلى المشتري مع بقاء عينه ، نعم لو اشترط ردّ بدله إلى المشتري بأن يكون هو المنتقل إلى المشتري مع بقاء عين الثمن ، فلا محالة يكون ذلك منافياً لمقتضى الفسخ ، إلّا أنه يمكن أن يقال إنّ هذا أيضاً لا ينافي مقتضى الفسخ ، فإنّ مرجع اشتراط ردّ بدله مع التمكّن من عينه إلى أمرين أحدهما : اشتراط الخيار عند رد ذلك البدل ، وثانيهما : اشتراط مبادلة هذا البدل مع عين الثمن بأن يرجع كل من

---

(١) المكاسب ٥ : ١٣٢ .

عين الثمن والمثمن إلى مالكهما الأول إلّا أنه يشترط تبديل عين ذلك الثمن الذي هو ملك المشتري بذلك البدل وهذه مبادلة اُخرى ، فباشتراط رد البدل يشترط أمرين الخيار والمبادلة ، وهذا لا محذور فيه ولا ينافي مقتضى العقد .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا أطلق وقال : لي الخيار عند ردّ الثمن ولم يقيّده ببدله أو بعينه ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الاطلاق منصرف إلى عين الثمن ، لأنّ الثمن في المعاملة معيّن والألف واللام في الثمن يشير إلى الثمن المعهود وهو الثمن المعيّن كما هو المفروض ، ومن الظاهر أنّ بدل الثمن ليس بثمن بل هو بدله ، هذا .

وما أفاده (قدّس سرّه) في حد نفسه وفي سائر المقامات ممّا لا غبار عليه ، إلّا أنه في خصوص المقام أعني بيع الخيار غير تام ، لقيام القرينة فيه على إرادة البدل من الثمن وتلك القرينة هي ما أشرنا إليه في أول بحث بيع الخيار(٢) من أنّ هذا الخيار إنما يشترطه البائع فيما إذا احتاج إلى النقود والثمن وإلّا لم يرض برفع اليد عن ملكه على الاطلاق ، فلذا باعه بشرط أنه إذا جاء بمثل الثمن يتمكن من إرجاع ملكه إلى نفسه وهذه قرينة على أنّ الثمن المعيّن لا يبقى بحاله بعد البيع بل يتلفه البائع وأنه إنما أراد بالثمن بدله ومثله ، ولولا هذه القرينة كان ما أفاده (قدّس سرّه) متيناً جدّاً هذا .

ولكن الانصاف أنّ ما ذكرناه من القرينة والخصوصية في المقام إنما تتم فيما إذا كان الثمن من النقود أو ما بحكمها مما يحتاج البائع إليه بشخصه كما إذا أراد البائع الاطعام فباع كتابه وجعل الخيار لنفسه إذا ردّ مثل الثمن ، فتارةً يبيعه بالنقود حتى

(١) المكاسب ٥ : ١٣٢ .

(٢) في الصفحة ٢١٤ .

يصرفها في حوائجه من شراء الأُرز والدهن ونحوهما ، وأُخرى يبيع الكتاب بنفس الأُرز لاحتياجه إلى الأُرز وهكذا بحيث يعلم خارجاً أنّ البائع أراد صرف الثمن الشخصي ، وأمّا إذا كان الثمن من غير النقود ومن غير ما يحتاج البائع إلى صرفه بنفسه كما إذا باع ماله بكتاب ككتاب الجواهر مثلاً نظراً إلى حاجته إلى مطالعة الجواهر من دون أن يصرفه بنفسه ولا يتمكن من ردّه بعينه ، ففي أمثال ذلك لا قرينة على إرادة الأعم من الثمن وبدله كما هو ظاهر ، بل ظاهر اشتراط رد الثمن هو رد الثمن بعينه لانصرافه إليه كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وعليه فالحق في المقام أنّ يفصّل بين ما إذا كان الثمن من النقود أو ما بحكمها مما يصرفه البائع بعينه ، وبين ما إذا كان من غير النقود ومن غير ما يحتاج البائع إلى صرف شخصه ونفسه ، ويقال بارادة الأعم من الثمن وبدله في الصورة الأُولى وبارادة خصوص عين الثمن في الصورة الثانية ، هذا كلّه فيما إذا كان الثمن شخصياً .

وأمّا إذا كان الثمن كلّياً في ذمة البائع فقد عرفت أنه يسقط بعد المعاملة ، وإذا أراد البائع فسخ المعاملة فيثبت في ذمته ذلك الثمن ثانياً ، وهو مثل الثمن لا محالة لا شخصه ونفسه ، إذ لا شخص في البين لأنّ الثمن كلّي ، وأمّا إذا كان الثمن كلّياً في ذمة المشتري كما هو الغالب وقد طبّق المشتري ذلك الكلّي على فرد ودفعه إلى البائع فتارةً يشترط في هذه الصورة رد عين ذلك الفرد المدفوع إلى البائع ، وأُخرى يشترط ردّ الأعم منه ومن مثله ، وثالثة يكون اشتراط رد الثمن مطلقاً ، فهل يحمل الاطلاق على الكلّي أو ينصرف إلى نفس الفرد المدفوع إلى البائع ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المتبادر في هذه الصورة بحسب الغلبة هو إرادة الأعم من الفرد المدفوع ومثله ، ثم ذكر أنّ ذلك مما يدل عليه صريح بعض الأخبار الواردة

---

(١) المكاسب ٥ : ١٣٣ .

في بيع الخيار ، ولكن المتيقن منها صورة فقد العين لا مطلقاً ولو مع بقائها ، هذا .

ولا يخفى أنّا لا نحتاج في المقام إلى إثبات الغلبة ولا إلى التمسك بالأخبار فهب أنّ الغلبة منتفية وأنّ الأخبار ساكتة عن ذلك ، إلّا أنّ نفس اشتراط ردّ الثمن في المقام يقضي بارادة الثمن الكلّي لا خصوص الفرد المدفوع ، لأنّ الفرد الذي دفعه المشتري إلى البائع ليس هو الثمن بل الثمن كلّي وقد اشترط رد الثمن ، فلابدّ من أن يردّ الثمن الكلّي بأن يطبّق الكلّي عند ردّه على فرد ويدفعه إلى المشتري ولو كان غير ما دفعه إليه المشتري ولعلّه ظاهر ، ومع كون ذلك من مقتضيات نفس اشتراط ردّ الثمن لا نحتاج إلى دعوى الغلبة ولا إلى دلالة الأخبار .

ومما ذكرناه في المقام يظهر أنّ الثمن الشخصي والثمن الكلّي عند إطلاقهما متعاكسان ، لما مرّ من أنّ الاطلاق في الشخصي يقتضي ردّ عين الثمن ، وأمّا في الكلّي فهو كما عرفت يقتضي ردّ الثمن الكلّي لا خصوص الفرد الذي دفعه إليه المشتري هذا تمام الكلام في هذا الأمر .

الأمر الثالث

إنّ المعروف بينهم أنّ الفسخ في بيع الخيار إنّما يتحقق بنفس الرد كما يستفاد ذلك من الأخبار الواردة في المقام ، إلّا أنّ بعضهم ذهب إلى الفسخ بعد الرد ولا يتحقق الفسخ بالرد ، لأنّ الردّ شرط في ثبوت الخيار له وبعد ردّه وثبوت الخيار له يفسخ المعاملة .

فإن أرادوا بذلك أنّ الفسخ نظير العقود والايقاعات ويشترط فيهما اللفظ ولا يكفي في تحققهما الانشاء بالفعل ولذا منعوا عن صحة المعاطاة وذهبوا إلى أنّها ليست بيعاً ، ففيه : أنّ ذلك ممّا لا يلتزمون به في فسخ العقود والايقاعات ، بل قد ذكروا أنّ الفسخ فيهما يتحقق بما هو أدنى وأضعف من الرد ومن هنا قالوا إنّ

التصرف فيما انتقل إليه يدل على اللزوم كما أنّ التصرف فيما انتقل عنه يدل على الفسخ وعدم الرضا بالبيع .

وإن أرادوا من ذلك أمراً آخر وهو ما احتمله شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ مرادهم أنّ الردّ شرط في ثبوت الخيار فإذا ردّ الثمن أو بدله فحصل شرط الخيار وصار البائع متمكّناً من الفسخ ، فيفسخ المعاملة بعد ذلك إمّا فسخاً لفظياً وإمّا فسخاً فعلياً ، ولكن الرد لا يكون فسخاً لا فعلياً ولا لفظياً .

فيدفعه : أنّ هذا المعنى وإن كان ممكناً في حد نفسه ، إلّا أنّ الكلام في أنّ البائع بأيّ عنوان يردّ الثمن ـ فيما إذا كان كلّياً ـ إلى المشتري ، فإن ردّه إليه بعنوان التمليك للمشتري فمن الواضح أنّ الملك لا يحصل بالرد ما لم يفسخ المعاملة به ، لأن مجرد الرد كيف يكون موجباً لحصول ملك المشتري ، وإن ردّه إليه بعنوان الأمانة والوثيقة فهو لا بأس به إلّا أنه بعد فسخ البائع لا تدخل تلك الأمانة والوثيقة إلى ملك المشتري إذ لا ربط لفسخ المعاملة بدخول الوديعة إلى ملك المشتري ، وهذا بخلاف ما إذا فسخ المعاملة بنفس الرد ، فإنّ ردّه بقصد الفسخ معناه رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه .

الأمر الرابع

يسقط هذا الخيار بالاسقاط بعد العقد ، وربما يستشكل في ذلك فيما إذا كان الخيار مشروطاً بالرد بأن لا يكون له خيار قبله ويكون الرد شرطاً في ثبوت الخيار ، والوجه في الاستشكال أنّ هذا إسقاط للخيار قبل ثبوته فهو من إسقاط ما لم يجب وما هذا شأنه لا يترتب عليه أثر .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٨٦ .

وهذا الاشكال وإن كان بظاهره مختصاً بما إذا كان الردّ شرطاً في أصل ثبوت الخيار ولا يجري في الصورة الثانية وهي ما إذا كان الرد شرطاً للفسخ وكان الخيار ثابتاً من الابتداء، إلّا أنّا ذكرنا أنّ مرجع تلك الصورة أيضاً إلى الأُولى فراجع.

وكيف كان، فقد استشكل في ذلك بأنه من إسقاط ما لم يجب كما صرّح بذلك العلّامة (قدّس سرّه) في التذكرة[1] حيث استشكل في إسقاط خياري الحيوان والشرط بعد العقد في المجلس بدعوى أنه من إسقاط ما لم يجب، لأنه (قدّس سرّه) يرى مبدأ خياري الحيوان والشرط زمان الافتراق، وأمّا قبله فلا خيار في البين شرطاً كان أم حيواناً، هذا.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] بالفرق بين المقام وبين إسقاط الخيارين قبل الافتراق، من جهة أنّ المشروط له في المقام يتمكن من إثبات الخيار لنفسه وقادر على اتّصافه به من جهة قدرته على الرد الذي فرضناه شرطاً في ثبوت الخيار له، فمن أجل تمكّنه من ذلك يصح له إسقاطه، وهذا بخلاف ما ذكره في التذكرة، هذا.

ويمكن المناقشة فيما أفاده بوجهين: أحدهما: أنّ الدليل أخص من المدّعى لامكان فرض الكلام فيما لا يتمكن من الرد كما إذا شرطا الخيار في رأس شهر معيّن مشروطاً بالرد في أول ذلك الشهر، فلا يصح الاكتفاء بما أفاده في الجواب. وثانيهما: أنّ المدار في جواز الاسقاط هو ثبوت الحق له فعلاً، وأمّا مجرد تمكّنه من إثبات حقه فهو لا يمكن أن تُناط به الأحكام الشرعية، فلذا ترى أنّ الطلاق يتوقف على الزوجية الفعلية لا على التمكن من إيجادها وكذلك غيره من الأحكام، فالقدرة

---

(١) التذكرة ١١: ٥٠.

(٢) المكاسب ٥: ١٣٥.

والتمكن مما لا يترتّب عليهما أثر بل الأثر يترتّب على الحق فعلاً .

وعليه فالصحيح في الجواب أن يقال : إنّ إسقاط ما لم يجب ليس مدلولاً لدليل ، وإنما ثبت ذلك بالاجماع وبناء العقلاء في بعض الموارد كاسقاط الخيار قبل البيع ، ومن الظاهر أنّ الاجماع غير متحقق في المقام ، لأنّ أكثرهم ذهبوا إلى جواز الاسقاط بعد العقد ، وعليه فيمنع عن أصل مقتضي عدم الجواز لعدم الاجماع كما عرفت .

ومن جملة المسقطات : انقضاء المدة وعدم ردّ الثمن في خلالها ، وإذا فرضنا أنه رد الثمن قبل انقضاء المدة إلّا أنه بعد انقضائها ظهر المردود من غير جنس الثمن المشروط ردّه فلا يثبت له الخيار لانقضاء المدة وعدم حصول شرط الخيار وهو ردّ الثمن ، لأنه إنما ردّ غير الثمن ، وهذا من دون فرق بين أن يكون متعمّداً في ردّ غير الثمن أو يكون من جهة الاشتباه ، وهذا ظاهر لا إشكال فيه .

وإنما الكلام فيما إذا ظهر المردود من جنس الثمن إلّا أنه كان معيباً فهل يمنع ذلك عن ثبوت الخيار ، أو أنّ شرطه وهو ردّ الثمن حاصل فلا محالة يثبت له الخيار ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنه يكفي في الرد وبه يحصل شرط الخيار ، إلّا أنّ للمشتري الاستبدال ، هذا .

وما أفاده (قدّس سرّه) إنما يتم فيما إذا كان الثمن كلّياً دون ما إذا كان معيّناً ، وذلك لأنّ الثمن إذا كان كلّياً وقد اشترط ردّه فلا محالة يثبت في ذمة البائع ذلك الكلّي عند إرادة ردّه وفسخ المعاملة ، فإذا دفع إلى المشتري فرداً معيوباً فللمشتري أن يرضى بذلك المعيب كما أنّ له أن يستبدله بفرد آخر صحيح .

وبعبارة أُخرى : أنّ هناك معاملتان : إحداهما المعاملة الواقعة على المبيع

---

(١) المكاسب ٥ : ١٣٥ .

والثمن الكلّي الذي اشترط فيها ضمناً أن يكون الثمن صحيحاً . وثانيهما : المعاملة الواقعة على تطبيق ذلك الكلّي على الفرد المدفوع للمشتري ، وهذه بمنزلة المعاملة وليست معاملة حقيقة ، بل لابدّ أن يكون المشتري راضياً بذلك التطبيق ، فإذا طبّقه على فرد معيب فله أن يرفع يده عن الشرط الضمني في المعاملة ويقول إنّي راضٍ بتطبيق الثمن على هذا الفرد المعيب ، ومطالبة الصحيح وإن كانت حقّي إلّا أنّي أسقطته ورضيت بهذا المعيب ، كما له أن يطالب البائع بثمنه ولا يرضى بالمعيب وهذا ظاهر .

وأمّا إذا كان الثمن معيّناً فليس هناك حق استبدال ، لأنّ الثمن أمر واحد وقد اشترط فيه الصحة ضمناً ، وبما أنّ المدفوع غير ما اشترط دفعه إليه فلا محالة لا يثبت له الخيار لانقضاء المدة وعدم حصول شرط الخيار وهو ردّ الثمن الشخصي الصحيح .

وإن اشترط ردّ الثمن الأعم من الصحيح والمعيب فدفع المعيب إلى المشتري وإن كان يوجب حصول شرط الخيار لأنّ المفروض اشتراط رد الأعم من المعيب والصحيح ، إلّا أنه إذا تمكّن من الخيار ففسخ المعاملة فمقتضى الفسخ أن يردّ كل من الثمن والمثمن إلى مالكهما الأول ، وبما أنّ الثمن الذي انتقل من المشتري هو الثمن الصحيح فالفسخ يقتضي أن يرجع الثمن الصحيح إلى المشتري ويدخل في ملكه وأمّا ما دفع إليه من المعيب فهو وثيقة وأمانة لديه فيرجعه إلى البائع . وكيف كان فليس هذا المقام من موارد الاستبدال فلا تغفل .

ومن جملة المسقطات : التصرف في الثمن المشروط ردّه ، وقد استدل عليه المشهور باطلاق ما دل(١) على أنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضىً منه بالعقد

(١) راجع الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ وغيره .

فهو مسقط لخياره ، وقد تعدّى الأصحاب عن مورد النص إلى كل تصرف وقع فيما انتقل إليه ، ومن هنا ذكروا أنّ التصرف في الثمن أو المثمن في خياري المجلس والشرط مسقط للخيار مع أنّهما ليسا مورد النصّ .

وقد حكي عن الأردبيلي (قدّس سرّه)(١) وصاحب الكفاية(٢) عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن ، وكأنّهما سلّما بالمقتضي لسقوط جميع الخيارات بالتصرف ، وأنّ إطلاق النصّ الدال على سقوطه بالتصرف يقتضي سقوط هذا الخيار أيضاً بالتصرف في الثمن ، إلّا أنهما أبديا المانع عن سقوط الخيار في خصوص المقام من جهة أنّ الغالب في هذا الخيار هو التصرف في الثمن والانتفاع به ، بل هذا هو المدار في هذا الخيار ، ومعه كيف يمكن أن يكون التصرف في الثمن مسقطاً للخيار .

وقد أورد عليه السيد بحر العلوم (قدّس سرّه)(٣) بأنّ التصرف المسقط هو التصرف الواقع في زمان الخيار ، والخيار في المقام إنما يثبت بعد الرد لا قبله فالتصرف الواقع قبل الرد الذي لأجله انعقدت المعاملة وهو المدار في هذا الخيار خارج عن المسقط تخصصاً ، لأنّ المسقط هو التصرف الواقع بعد الرد لأنه زمان ثبوت الخيار .

وقد أجاب عن ذلك الرد صاحب الجواهر (قدّس سرّه)(٤) وأورد عليه بوجوه منها : أنّ زمان الخيار لو كان مبدؤه من زمان الرد لاستلزم ذلك الجهل بمبدأ

---

(١) مجمع الفائدة ٨ : ٤٠٢ و٤١٣ .

(٢) كفاية الأحكام : ٩٢ .

(٣) المصابيح (مخطوط) : ١٣٩ كما حكاه عنه الشيخ في المكاسب ٥ : ١٣٦ .

(٤) الجواهر ٢٣ : ٤٠ .

الخيار ، والجهالة بمبدأ الخيار تمنع عن صحته كما مرّ . ومنها : أنّ جعل الخيار من زمان الرد لا من حين المعاملة منافٍ للفهم العرفي في مثل اشتراط هذا الخيار . وأورد عليه ثالثاً : بأنّ الشيخ (قدّس سرّه) لمّا ذهب إلى أنّ الملكية تحصل بعد زمان الخيار ردّ عليه جماعة بأنّ ذلك على خلاف النصوص الواردة في هذه المسألة والدالة على أنّ غلّة المبيع للمشتري في زمان الخيار ، فلو لم يكن المبيع ملكاً للمشتري في زمان الخيار فكيف تنقل غلّته إليه ، وهذه النصوص تدل على أنّ الخيار في المقام أيضاً يثبت من حين المعاملة ، وزمانه هو مجموع تلك المدّة من حين المعاملة إلى انتهائها ، هذا .

وقد تنظّر في جميع ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بقوله : وفي أصل الاستظهار المتقدّم أي قول الأردبيلي (قدّس سرّه) والرد المذكور عن السيد بحر العلوم والمناقشات التي أوردها عليه صاحب الجواهر نظر .

أمّا ما ذهب إليه الأردبيلي (قدّس سرّه) فلأنّ ما أفاده من أنّ الغرض في هذا الخيار هو التصرف في الثمن والانتفاع به وإن كان متيناً جدّاً ، إلّا أنه لا يستلزم عدم سقوط الخيار بالتصرف ، لأنّ مورد كلامهم في أنّ التصرف في الثمن يسقط الخيار هو خصوص الثمن الشخصي المشروط رد عينه أو الثمن الكلّي فيما إذا اشترط رد شخص الفرد المدفوع من الثمن ، وفي مثلهما لا يكون المدار والغرض على التصرف في الثمن ، إذ المفروض اشتراط ردّ الثمن بعينه ، ومعه كيف يتصرف فيه ، إلّا أنّ مثلهما نادر في هذا الخيار ، والغالب فيه هو اشتراط رد الثمن الأعم من رد نفسه أو من رد مثله ، وهذا هو الذي يدور فيه الخيار على التصرف في الثمن .

وبعبارة اُخرى : أنّ كون الغرض هو التصرف في الثمن إنما هو فيما إذا اُلغي النظر عن الخصوصيات في الثمن وكان الغرض ردّ ماليته بنفسه أو بمثله وبدله ، وقد

---

(١) المكاسب ٥ : ١٣٧ .

مرّ أنّ هذه الصورة ليست محل الكلام ، ومورد كلامهم في أنّ التصرف في الثمن يسقط الخيار هو الصورتان المتقدمتان وهما الثمن الشخصي عند اشتراط ردّه بنفسه والثمن الكلّي فيما إذا اشترط رد عين الفرد المدفوع من أفراد كلّي الثمن ، وفي هاتين الصورتين لا يدور الخيار مدار التصرف في الثمن ولا يكون الغرض منه ذلك . فالمتحصّل أنّ موارد كون الغرض من هذا الخيار هو التصرف في الثمن غير الموارد التي حكموا فيها بسقوط الخيار بالتصرف بالثمن .

وأمّا ما أورده السيّد بحر العلوم (قدّس سرّه) فلأنّ لازم ما أورده على الأردبيلي أن لا يجوز إسقاط الخيار قبل الرد ولو بالاسقاط اللفظي كما إذا قال : أسقطت خياري ، إذ لا خيار قبله حتى يسقطه ، وبما أنّ إسقاطه قبل الردّ لفظاً مما أطبقت عليه الفتاوى ، إمّا من جهة ثبوت الخيار من الابتداء وكون الرد شرطاً في جواز الفسخ ، وإمّا من جهة القدرة على الخيار بالقدرة على الردّ وتمكّنه من سببه وإمّا من جهة ما ذكرناه من أنّ إسقاط ما لم يجب مما ليس فيه محذور ، فلا مناص من أن يكون إسقاطه الفعلي أيضاً جائزاً قبل الردّ لتساوي الاسقاط اللفظي والفعلي من هذه الجهة وعدم الفرق بينهما بالنص والفتوى ، ومن الظاهر أنّ التصرف في الثمن قبل الرد إسقاط فعلي للخيار وهو كالاسقاط اللفظي مما لا إشكال في جوازه قبل الرد ولعلّه ظاهر .

وأمّا المناقشات التي أوردها صاحب الجواهر (قدّس سرّه) فلأنّ المناقشة الأُولى منها وهي لزوم الجهل بمبدأ الخيار ، مندفعة : بأنّ الجهل لو منع فإنما يمنع من جهة الغرر ، ولا غرر في الجهل بمبدأ الخيار في المقام بعد تمكّنه من سببه الذي هو الردّ في مدة معلومة ، وذلك لأنه نظير جعل مبدأ الخيار من حين المعاملة وكون الرد شرطاً في جواز الفسخ ، فكما أنّ الغرر في هذه الصورة منتف لتمكنه من الفسخ بالقدرة على الرد فكذلك فيما إذا كان أصل الخيار متوقفاً على الرد فلا غرر فيه لتمكنه

من سببه وهو الرد ، وقد ذكرنا في أوائل هذا البحث أنّ مرجع كلتا الصورتين إلى أمر واحد وإحداهما عين الأُخرى فراجع .

نعم ربما يشكل على اشتراط الخيار من حين التفرق باستلزامه الجهل بمبدأ الخيار كما نقل عن العلاّمة(١) إلاّ أنّ الفرق بينه وبين المقام ظاهر ، وذلك لأنّ المشروط له الخيار متمكن في المقام من سبب الخيار وهو الرد وله أن يردّه متى شاء وهذا بخلاف التفرق فإنّ الافتراق وإن كان أيضاً سبباً للخيار المشروط به إلاّ أنه أمر خارج عن قدرة المشروط له الخيار ، لأنّ الافتراق متقوّم بإرادة الحركة من أحدهما وإرادة السكون من الآخر وهذا كيف يقدر على إرادة السكون في الآخر ومع عدمها لا يحصل الافتراق لأنه يتعقّبه أينما مشى فلا يحصل الافتراق ، فهو ليس متمكّناً من سبب الخيار ، فلذا قلنا إنّ الجهالة فيه تمنع عن الاشتراط ، وهذا بخلاف المقام لتمكنه منه للقدرة على سببه(٢).

وأمّا المناقشة الثالثة : أعني ما ذكره بعض الأصحاب في ردّ الشيخ (قدّس سرّه) بمخالفته للنصوص ، ففيها : أنّ هذا لعلّه من جهة أنّ الأصحاب فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى في الخيار المنفصل .

هذا ملخّص ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام ، وهو من المتانة بمكان وعليه فلا مانع من أن يكون التصرف في الثمن مسقطاً للخيار في المقام ، هذا .

ولكن لنا كلام في أصل هذا الكلام وأنّ التصرف بأي مقتضٍ يوجب سقوط الخيار في المقام ، فنقول : ربما يكون الغرض من التصرف في الثمن إسقاط الخيار ويكون التصرف بقصد كونه مسقطاً فعلياً للخيار وكاشفاً عن رضاه بالعقد ، وهذا

---

(١) التذكرة ١١ : ٤٨ .

(٢) لم ينقل سيدنا الأُستاذ (دام ظلّه) الجواب عن المناقشة الثانية .

مما لا إشكال في كونه مسقطاً له ، لأنّ الاسقاط الفعلي كالاسقاط القولي من حيث كونه كاشفاً عن رضاه بالعقد ، والخيار حق له ، وله أن يسقط حقّه بأيّ نحو شاء وهذا ظاهر .

وأُخرى لا يقصد بالتصرف في الثمن إسقاط الخيار ، وإنما يتصرف فيه غفلة أو يتصرف فيه بقصد الانتفاع حتى يردّه بعد ذلك إلى مالكه كما مثّلنا له في بيع الحيوان بما إذا قبّل الجارية حتى يردّها بعده بحيث لا يكون تصرفه ذلك كاشفاً عن رضاه بالعقد ، وفي مثل ذلك أيّ دليل على أنه يسقط الخيار ، لأنه لو كان فإنما يكون تعبّداً محضاً ولم يثبت في هذا الخيار أنّ التصرف فيه مسقط تعبّدي ، والرواية إنّما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه تعبّداً ، ولذا قلنا إنه إذا لامس الجارية أو قبّلها أو نظر منها إلى ما يحرم على غير سيدها وزوجها فلا محالة يسقط الخيار تعبّداً وإن لم يكن بذلك قاصداً للرضا بالمعاملة ، إلّا أنّ ذلك مخصوص بخيار الحيوان ولا دليل على كونه مسقطاً تعبّدياً في هذا الخيار ، وأيّ مانع من أن يتصرف في الثمن بما يشاء من التقبيل واللمس بل الوطء بقصد أن يدفعه بعده إلى المشتري ومع ذلك لا يسقط خياره ، نعم لو تصرف في الثمن بما يوجب إتلافه حقيقة أو بنقله إلى غيره فلا محالة يسقط خياره من جهة انتفاء موضوع الرد وعدم إمكانه حتى يثبت له الخيار بعده .

فالمتحصّل أنّ التصرفات على ثلاثة أقسام :

الأول : التصرف فيه بقصد إسقاط الخيار وهو الذي قلنا إنه كاشف عن الرضا بالمعاملة ومسقط فعلي .

الثاني : التصرف المُعدم لموضوع الردّ والخيار إمّا إعداماً حقيقياً كأكله أو إعداماً شرعياً كبيعه ، وهذا يوجب عدم ثبوت الخيار قهراً لارتفاع موضوعه كما مرّ .

والثالث : التصرف الذي لا يعدم الموضوع ولا يكشف عن الرضا بالعقد

كالتصرف فيه غفلة أو بقصد ردّه بعد التصرف ، وهذا هو الذي لم يدل دليل على إسقاطه الخيار تعبّداً ، وعليه فأصل المقتضي لسقوط الخيار بالتصرف في الثمن غير محرز ، ومع عدم المقتضي لا تصل النوبة إلى إبداء المانع عنه في المقام على ما ذكره الأردبيلي (قدّس سرّه) حتى يرد عليه ما ذكره السيد بحر العلوم ويدفعه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) ويستشكل فيها بأجمعها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

الأمر الخامس

مقتضى القاعدة الأوّلية التي جرت عليها السيرة العقلائية من غير نكير أنّ تلف كل مال إنما هو من ملك مالكه ، إذ لا معنى لتلف مال شخص واحتسابه من ملك مالك آخر بلا موجب ولا ضمان ، وبالجملة أنّ تلف كل مال يرجع إلى مالكه وهذا ممّا لا ينبغي الاشكال فيه بوجه ، إلّا أنه ورد مخصّص لهذه القاعدة الأوّلية ودلّ على أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه مع أنه ملك للمشتري إلّا أنه لم يقبضه بعد ، فمقتضى القاعدة الأوّلية أن يكون تلفه من مال المشتري لأنه مالكه ، ولكن الروايات[1] دلّت على أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه ، وقد ثبت هذا المخصص بالتعبّد ، ويحتمل أن تكون سيرة العقلاء أيضاً جارية على ذلك لأنهم قبل إقباض المبيع يرونه من مال بائعه وكأنّ البيع لم يتحقق بعد عندهم ، وكيف كان فإذا باع أحد ماله من المشتري وقد تلف قبل إقباضه له فهو من مال بائعه ، إلّا أنّ معنى ذلك ليس هو ضمان البائع للمشتري بدفع مثل المبيع أو قيمته كما هو معنى الضمان في غير المقام ، بل المعنى أنّ التالف يفرض مالاً للبائع كما هو مقتضى قوله فهو من مال بائعه ، ولازم فرضه مالاً للبائع انفساخ المعاملة وارتفاعها ، وإلّا ففرض أنه مال

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب ٩ .

لبائعه قبل تلفه بآن لا يجتمع مع كونه ملكاً للمشتري كما هو ظاهر ، فمعنى أنّ تلف المبيع قبل إقباضه من مال بائعه أنّ المبيع لو تلف قبل إقباضه تنفسخ المعاملة ، وقد عرفت أنّ هذا المخصص ثبت بالتعبّد وبالسيرة العقلائية على احتمال .

ثم إنه ورد على القاعدة الأوّلية مخصص ثانٍ وهو إنما ثبت بالتعبّد المحض بلا ثبوت السيرة العقلائية على طبقه ، حيث ورد[١] أنّ تلف المبيع في زمان الخيار ممّن لا خيار له ، وهذا كما ترى على خلاف ما تقتضيه القاعدة الأوّلية من أنّ تلف كل شيء ممّن يملكه لا من شخص آخر ، إلّا أنه ثبت بالتعبّد المحض أنّ تلفه في زمان الخيار ممن لا خيار له ، هذا كله بحسب الكبرى الكلّية .

وأمّا في المقام أعني البيع المشروط فيه الخيار على تقدير ردّ الثمن فتارة يقع الكلام في تلف المبيع عند المشتري وأُخرى يقع الكلام في تلف الثمن عند البائع .

أمّا تلف المبيع عند المشتري في زمان الخيار فلا ينبغي الاشكال في أنّ تلفه عليه ، لأنه مالكه وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة الأوّلية أن يكون تلف كل مال من ملك مالكه لا من ملك شخص آخر ، فكون تلف المبيع على المشتري هو الذي تقتضيه القاعدة الأوّلية بلا حاجة إلى تعبّد ودليل .

وليس المقام من موارد التمسك بما دلّ على أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له والمشتري حسب الفرض ممّن لا خيار له ، وذلك لأنّ قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له إنما تأتي فيما إذا أردنا إثبات التلف على غير المالك من جهة أنّه ممّن لا خيار له ، وأمّا إثبات التلف على مالكه ولو كان ممّن لا خيار له فهو على طبق القاعدة الأوّلية ، ولا يحتاج فيه إلى التمسك بالمخصص التعبّدي الثابت على خلاف القاعدة الأوّلية .

---

(١) راجع الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ .

فإذا ثبت أنّ تلف المبيع على المشتري لأنّه ملكه يقع الكلام والبحث في أمرين آخرين :

أحدهما : في أنه إذا تلف المبيع عند المشتري فهل يسقط خيار البائع بذلك أو أنّ خياره باقٍ ، وحيث ذكرنا في أوائل الخيارات أنّ الخيار متعلّق بالعقد وليس متعلّقاً بالعين حتى يسقط بتلفها ، فمقتضى ذلك عدم سقوط خيار البائع بتلف المبيع إلّا أنه لمّا كان غرض البائع في بيع ماله بثمن بخس كما هو الغالب في البيوع الخيارية إبقاء خصوصية ماله ، إذ لو كان غرضه رفع اليد عنه لباعه في السوق بالقيمة السوقية التي هي أكثر من الثمن المجعول في البيع بالشرط ، كان لازم ذلك اشتراط إبقاء المبيع على المشتري ضمناً ، فكأنه باع واشترط الخيار واشترط أيضاً إبقاء ماله ، فإذا تلف ذلك المال بنفسه عند المشتري فلا محالة يرتفع موضوع شرط الابقاء ، ولكن لا يسقط خياره بتلف المبيع لاطلاقه حسب الفرض ، وليس اشتراطه الخيار معلّقاً ومقيّداً بزمان بقاء المبيع ، وإذا كان إبقاء المبيع مشروطاً على المشتري بالاشتراط الضمني فيشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم »[1] وأمّا أنّ وجوب الابقاء تكليفي أو وضعي فسيأتي في أحكام الخيار إن شاء الله تعالى .

ثانيهما : أنّ المشتري هل يتمكن من إتلاف المبيع أو لا يجوز له ذلك ، وهذا قد ظهر مما ذكرناه وأنّ مقتضى الاشتراط الضمني وعموم « المؤمنون عند شروطهم » عدم جواز الاتلاف ، إلّا أنّ كونه تكليفياً أو وضعياً سيأتي الكلام فيه في بحث أحكام الخيار .

فإلى هنا تحصّل أنّ تلف المبيع عند المشتري لا يحتاج إلى التشبّث بذيل المخصص الثابت على خلاف القاعدة ، لأنه مقتضى القاعدة الأوّلية كما مرّ .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤.

وأمّا تلف الثمن عند البائع فهو تارةً يتصوّر قبل الردّ وأُخرى بعد الردّ، وعلى كلا التقديرين تارة يكون الثمن كلياً وأُخرى يكون شخصياً.

أمّا إذا كان الثمن كلياً فسواء كان قبل الرد أو بعده لا تشمله قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، لاختصاصها بالمبيع والثمن الشخصيين ولا تجري في الكلّيين، والوجه فيه ظاهر لأنّ كون الثمن كلّياً وإن كان هو الأغلب ويكون المدفوع فرداً من ذلك الكلّي إلّا أنّ التالف حينئذ هو الفرد المدفوع وهو ليس مبيعاً ولا ثمناً لأنهما المبيع والثمن الكلّيان والفرد غير الكلّي، والرواية إنما دلّت على أنّ تلف المبيع أو الثمن في زمن الخيار ممن لا خيار له، لا أنّ تلف غير المبيع وغير الثمن أيضاً ممن لا خيار له، فالثمن أو المبيع الكلّيين خارجان عن مورد القاعدة، وهي تختص بالمبيع والثمن الشخصيين.

وأمّا إذا كان الثمن شخصياً فتارةً يتلف قبل الردّ وأُخرى بعده.

فإن كان التلف بعد الردّ فملخّص الكلام فيه: أنّ الردّ إن كان بعنوان الفسخ بأن يكون الردّ فسخاً فعلياً فلا إشكال في أنّ الثمن حينئذ ملك للمشتري فلو تلف فهو من مال مالكه أعني المشتري، وكيف كان فهو خارج عن مورد قاعدة التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له.

وأمّا إذا كان الرد بعنوان الوديعة عند المشتري حتى يفسخ المعاملة بعد ذلك فحينئذ ربما يقال إنّ مقتضى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أن يكون تلف الثمن من المشتري، لأنه لا خيار له وقد عرفت أنّ معنى كون التلف ممن لا خيار له فرض كون التالف ماله ولازمه انفساخ المعاملة، إلّا أنّ ذلك مبني على عموم القاعدة وشمولها للثمن كالمثمن وعدم اختصاصها بخصوص الثاني، ومع فرض عمومها فلا مانع من الاستدلال بها في المقام، والكلام في ثبوت أصل المقتضي وعدم قصوره، فنقول: إنّ قولنا التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ليس

وارداً في شيء من الأخبار بهذا اللفظ ولا بهذا المعنى ، وإنما ورد[١] في خصوص خيار الحيوان أنّ الحيوان المبيع لو تلف في زمن الخيار الذي هو ثلاثة أيام فهو من مال البائع وورد[٢] أيضاً في خيار الشرط أنّ المبيع إذا تلف في زمان الشرط الذي جعله المشتري لنفسه فهو من مال بائعه حتى تنقضي أيام شرطه ، ولم يرد هذا المعنى في غير هذين الموردين . نعم قد ألحق المشهور خيار المجلس بهذين الخيارين وذكروا أنّ تلف المبيع في زمان خيار المجلس أيضاً من مال بائعه بدعوى أنّا نستفيد من قوله (عليه السلام) في ذيل هذه الأخبار الواردة في خياري الحيوان والشرط « حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري »[٣] أنّ المناط في كون التلف محسوباً من البائع هو عدم لزوم العقد وعدم صيرورة المبيع ملك المشتري لزوماً .

وبالجملة : أنّ تلك القاعدة غير واردة بهذا اللفظ ولا بهذا المعنى في الأخبار إلّا أنّ صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[٤] استدل على اختصاص القاعدة بالمبيع وأنّ كون التلف ممن لا خيار له يختص بما إذا كان التالف هو المبيع ولا يشمل ما إذا كان التالف الثمن برواية معاوية بن ميسرة قال « سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الذي اشترى الدار خلطة فشرط إنّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله ، قال : له شرطه . قال له أبو الجارود : فإنّ هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ .

(٢) منها ما ورد في الوسائل ١٨ : ٢٠ / أبواب الخيار ب٨ ح ٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ ح ٢ .

(٤) الجواهر ٢٣ : ٨٨ .

سنين قال هو ماله . وقال (عليه السلام) أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال مَن كانت تكون الدار دار المشتري »[١]، هذا .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّ وجه الاستظهار من الرواية غير ظاهر . ونحن نوافق الشيخ (قدّس سرّه) ونقول إنّ الرواية كما عرفت إنّما اشتملت على حكمين : أحدهما أنّ منافع الثمن التي أصابها البائع قبل ردّه ملك للبائع . وثانيهما : أنّ تلف المبيع في مدة المعاملة قبل ردّ الثمن من المشتري ولم تشتمل الرواية على أزيد منهما ، وهما كما ذكره شيخنا الأنصاري حكمان إجماعيان سواء قلنا بأنّ تلف المبيع أو الثمن ممن لا خيار له أم لم نقل به ، وعليه فلا ربط للرواية بالمقام ولا دلالة فيها على أنّ التلف إنّما يحسب ممن لا خيار له فيما إذا كان هو المبيع دون الثمن وهو ظاهر .

نعم ، هذه القاعدة منافية لقاعدة الخراج بالضمان حيث إنّ كون منافع الثمن للبائع يستلزم أن يكون تلفه أيضاً من البائع بتلك القاعدة مع أنّا نريد إثباته على المشتري ، ولعل نظر صاحب الجواهر (قدّس سرّه) أيضاً إليه .

إلّا أنّا ذكرنا في بحث ضمان المنافع عند التكلّم في صحيحة أبي ولّاد أنّ الخراج بالضمان نبوي ولا أساس له بوجه ، وإنّما الثابت منه على تقدير تسليم سنده أنّ الضمان المعاملي أي صيرورة المال ملكاً لشخص بالمعاملة وبذل الثمن في مقابله يستلزم أن تكون منافع ذلك المال أيضاً عائدة إليه ، لأنه معنى انتقال المال إليه فليس كل ضمان موجباً لتملّك المنافع كما ذهب إليه أبو حنيفة[٣] فحكم أنّ منافع المغصوب ملك للغاصب لأنه ضامن للمغصوب والخراج بالضمان ، بل الضمان

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٠ / أبواب الخيار ب٨ ح٣.

(٢) المكاسب ٥ : ١٤٠ .

(٣) بدائع الصنائع ٧ : ١٤٥ ، المبسوط ١١ : ٧٨ ، المغني لابن قدامة ٥ : ٤١٣ ـ ٤١٤ .

المعاملي هو الذي يوجب ملكية المنافع كما هو ظاهر ، وعليه فمفاد الخراج بالضمان بالمعنى الذي ذكرناه أمر ثابت لا مجال لانكاره وهو على وفق القاعدة الأوّلية ولازم ذلك أن يكون ضمان الثمن على البائع في المقام كما أنّ منافعه له ، فيكون الحكم بأنّ تلف الثمن في زمان الخيار من المشتري منافياً لذلك .

إلّا أنه إذا ثبت عموم تلك القاعدة وشمولها لتلف الثمن أيضاً فلا محالة نخصّص مفاد الخراج بالضمان بعموم هذه القاعدة ، لما عرفت من أنّ مفاد الخراج بالضمان على وفق القاعدة الأوّلية من أنّ الضامن لتلف الملك إنما هو مالكه الذي ترجع إليه منافعه ولا وجه لضمان شخص آخر له ، وإذا ثبت عموم تلك القاعدة للثمن فلا محالة تكون واردة في مورد تلك القاعدة الأوّلية وتوجب تخصيصها كما خصصتها في طرف المثمن .

وعليه فالعمدة هو التكلم في عموم تلك القاعدة للثمن وعدمه ، وأمّا بعد عمومها وشمولها للثمن فلا تصل النوبة إلى المعارضة بقاعدة الخراج بالضمان ، وأمّا الكلام في كون القاعدة عامة وشاملة للثمن فسيأتي إن شاء الله تعالى في أحكام الخيار ، والغرض أنّ قاعدة كون التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له لم ترد بهذا اللفظ ولا بهذا المعنى في شيء من الأخبار وقد عرفت عدم دلالة الروايات عليها بل إنما وردت في خياري الحيوان والشرط وقد ألحقوا خيار المجلس بهما كما عرفت فنرفع اليد عن القاعدة الأوّلية في طرف المبيع بهذه الأخبار الدالّة على أنّ تلف المبيع في زمان الخيار من مال بائعه .

وأمّا في طرف الثمن فبما أنّ الحكم بضمان من لا خيار له على خلاف القاعدة الأوّلية ، فلا محالة نحتاج في تسريتها إلى الثمن إلى دليل وهو مفقود في المقام ، هذا كلّه فيما إذا كان التلف بعد الرد وقبل الفسخ .

وأمّا إذا تلف الثمن قبل الرد فالكلام فيه هو الكلام في الصورة السابقة ، إلّا

أنه ربما يقال في هذه الصورة بأنّ الخيار غير ثابت قبل ردّ الثمن فيكون تلف الثمن في غير زمان الخيار، والتلف في غير زمان الخيار لم يثبت أنه ممن لا خيار له.

وقد أجاب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن ذلك أوّلاً: بأنّ المبنى فاسد من جهة ما ذكره سابقاً من أنّ الخيار ثابت من الابتداء والفسخ معلّق على الردّ فيكون التلف في زمان الخيار هذا، وقد أشرنا سابقاً إلى أنّ مرجع هاتين الصورتين إلى أمر واحد وليس بينهما فرق أبداً.

وأجاب عنه ثانياً: بفساد البناء وأنه لا فرق بين الخيار المتصل والمنفصل بدعوى أنّا استفدنا من الروايات الواردة في أنّ التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له أنّ المناط في ذلك عدم لزوم المعاملة وتزلزلها حيث قال (عليه السلام) «حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري» وإذا فرضنا أنّ له خياراً عند رأس شهر فلا محالة لا يصدق أنّ الشرط انقضى فيكون التلف حينئذ أيضاً محسوباً ممّن لا خيار له، من دون فرق في ذلك بين المتصل والمنفصل، هذا.

ولا يخفى أنّ للمناقشة فيما أفاده (قدّس سرّه) مجالاً واسعاً يأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في أحكام الخيار ونبيّن هناك أنّ القاعدة عامة للثمن أيضاً أو مختصة بالمثمن، وأنها تختص بالمتصل أو تأتي في المنفصل أيضاً.

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تعرّض إلى ثمرات النزاع في المقام وأفاد بما ملخّصه: أنه إذا قلنا بشمول القاعدة للثمن وتلف بعد ردّه فلا محالة تنفسخ المعاملة، لما عرفت من أنّ كون التلف ممّن لا خيار له معناه أنّ التالف يفرض مالاً له بآن ولازمه الانفساخ، وبه يرجع المثمن إلى ملك البائع لا محالة ولا يبقى معه مجال للخيار.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤١.

وأمّا إذا قلنا بعدم شمولها للثمن واختصاصها بالمثمن فالمعاملة بحالها كما أنّ البائع على خياره فيما لو اشترط ردّ الأعم من نفس الثمن وبدله المثل أو القيمة ، لأنه حينئذ يردّ إلى المشتري بدل الثمن التالف ويفسخ المعاملة ، وأمّا إذا اشترط ردّ نفس الثمن فبتلفه يسقط خياره لأنه لا يتمكن معه من ردّ شخص الثمن فلا يتمكن من فسخ المعاملة ، كما هو ظاهر . هذا فيما إذا تلف قبل الرد ، وأمّا إذا تلف بعد الرد فالبائع يتمكن من استرجاع المبيع وفسخ المعاملة مطلقاً سواء شرط ردّ الأعم أو شرط ردّ شخص الثمن .

الأمر السادس

لا إشكال في أنه إذا اشترط في بيع الخيار ردّ الثمن إلى نفس المشتري فلا يجوز ردّه إلى من يقوم مقامه من الولي أو الوكيل أو الحاكم ، ولا يثبت به شرط الفسخ الذي هو ردّ الثمن إلى نفس المشتري ، فإذا فرضنا أنّ المشتري غائب أو مجنون أو ميت فلا محالة يسقط خيار البائع بمعنى أنه لا يتمكّن من الفسخ لعدم قدرته على شرطه وهو ردّ الثمن إلى نفس المشتري حسب الاشتراط ، كما أنه إذا اشترط ردّه إلى الأعم منه وممّن يقوم مقامه أو من الأجنبي يجوز ردّه إليه وإلى من يقوم مقامه بل إلى الأجنبي ، ويتمكن بذلك من الفسخ لحصول شرطه ، والوجه في ذلك : أنّ هذا الخيار جعلي ويتبع جعل المتعاقدين واشتراطهما كما هو ظاهر ولا كلام فيه .

وإنما الإشكال فيما إذا أطلقا ولم يشترطا ردّه إلى نفس المشتري ولا إلى الأعم منه وممّن يقوم مقامه ، فهل يحصل الشرط حينئذ بردّه إلى الولي أو الوكيل أو الحاكم عند عدم التمكّن من ردّه إلى نفسه ، أو أنّ الشرط لا يحصل بذلك بل لابدّ فيه من ردّه

إلى نفس المشتري ، نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] حصوله بردّ الثمن إلى الحاكم عن المحقّق القمّي (قدّس سرّه) في أجوبة مسائله كما نقل عدمه عن السيد صاحب المناهل في كتابه ، ونقل أيضاً عن صاحب الحدائق كلاماً واستغربه ، وهو كذلك ، وذلك لأنه (قدّس سرّه) بعد ما نقل أنّ المشهور عدم اعتبار حضور الطرف في فسخ ذي الخيار وعدم اعتبار الاشهاد على فسخه ، ذكر أنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري في فسخ البائع بعد دفع الثمن إليه أي إلى المشتري ، ثم ذكر أنّ ما ذهب إليه الأصحاب من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري وإن كان ظاهرهم الاتّفاق عليه ، إلّا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة ، هذا .

والوجه في الاستغراب أنّ في المقام مسألتين :

إحداهما : أنه هل يشترط في نفوذ الفسخ في مقام الثبوت حضور الطرف الآخر أو الاشهاد على فسخه بحيث لولا أحدهما لما يكون الفسخ نافذاً حتى عند الفاسخ العالم بفسخه ، أو لا يشترط في نفوذه أحدهما وإن كان يلزم في مقام الترافع والاثبات إثبات مدّعي الفسخ فسخه ببيّنة أو بحلف ، إذ مقتضى الأصل عدمه إلّا أنه في مقام الثبوت غير مشروط بأحد الأمرين بحيث لولا أحدهما لما نفذ فسخه حتى عند نفس الفاسخ ؟ وهذه المسألة هي التي تعرّض إليها الأصحاب وذكروا أنّ حضور الطرف لا يشترط في فسخ ذي الخيار في مقابل العامة[٢] حيث ذهبوا إلى الاشتراط .

وثانيتهما : أنه هل يشترط في التمكن من الفسخ في بيع الخيار ردّ الثمن إلى

---

(١) المكاسب ٥ : ١٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٧٣ ، تحفة الفقهاء ٢ : ٧٩ ، المبسوط ١٣ : ٤٤ .

نفس المشتري أو لا ؟ ومن الظاهر أنّ اشتراط الحضور في الفسخ على تقدير القول به لا يلازم اشتراط حضوره في الردّ أي في ردّ الثمن ، لأنّ أحدهما غير الآخر والأخبار لو دلّت فإنما تدل على اعتبار الحضور في الفسخ وأين هذا من اشتراطه في ردّ الثمن ، وهذه المسألة كما ذكرها شيخنا الأنصاري[1] غير منقّحة في كلامهم ، بل ذكر (قدّس سرّه) أنه لم يجد فيما رآه من تعرّض لحكم ردّ الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري ومع هذا الوصف كيف يصح دعوى الاتّفاق من الأصحاب على جوازه ، ثم ردّه بأنه بعيد عن مساق الأخبار .

وكيف كان ، فلم ترد في هذه المسألة رواية حتى يستفاد منها جواز الردّ إلى من يقوم مقام المشتري أو عدمه ، فلابدّ في استفادة أحد الأمرين من المراجعة إلى أنّ مثله عند العرف ظاهر في أي شيء حتى يكون ذلك قرينة عرفية على أحدهما فنقول : الظاهر أنه لا موضوعية لخصوص البائع أو المشتري في بيع الخيار ، بل الغرض والمناط عند العرف في مثله هو وصول الثمن إلى المشتري وتمكنه منه ووصول المبيع إلى بائعه ، سواء كان الراد هو نفس البائع أو ورثته ، كما إذا مات البائع وأراد ورثته ردّ ثمن المبيع إلى المشتري فليس عند العرف حق المخالفة بدعوى أنّ المعاملة إنما تحقّقت مع البائع لا مع ورثته ، بل يرون الورثه متمكّنين من فسخ البيع بعد ردّ ثمنه إلى المشتري ، وليس هذا من جهة إرث الخيار لأنّ ذلك لو كان من ناحية انتقال الخيار إلى الورثة لما كان هذا منافياً لعدم تمكّنهم من الفسخ من جهة عدم القدرة على شرطه الذي هو ردّ الثمن ، والمفروض أنّ المنتقل هو الخيار دون شرطه كما هو ظاهر ، بل من جهة عدم خصوصية البائع في ردّ الثمن إلى المشتري ، كما

(١) المكاسب ٥ : ١٤٢ .

أنّ المشتري لا موضوعية له في هذا الخيار فلو دفع الثمن إلى ورثته كفى ذلك عند العرف في ثبوت حق استرجاع المبيع، ولا يمنعونه عن استرجاعه بدعوى أنّ طرف المعاملة هو المشتري والمفروض عدمه، وكذلك من يقوم مقامه من الحاكم ونحوه، إذ لا موضوعية لخصوص البائع والمشتري في ذلك حسب المتفاهم العرفي من مثل بيع الخيار، وعليه فلا ينبغي الشك في جواز ردّ الثمن إلى من يقوم مقامه عند غيبته وبذلك يصير البائع متمكّناً من الفسخ ما لم يصرّحوا باشتراط ردّه إلى خصوص المشتري، هذا.

بقي الكلام في شيء وهو أنّه إذا اشترى الأب للطفل شيئاً ببيع الخيار من باب ولايته عليه وكون البيع بخيار مصلحة له حتى يصح بيعه، فهل البائع يتمكن من ردّ الثمن إلى جدّه وبه يفسخ المعاملة لأنه أيضاً وليّه، أو اشتراه جدّه والبائع أراد ردّ الثمن إلى أبيه لأنه أيضاً ولي للطفل، أو أنّ اللازم ردّه إلى خصوص المتصدّي للبيع بخيار دون غيره؟ ونظيره ما لو اشترى الحاكم لصغير شيئاً ببيع الخيار والبائع دفع الثمن إلى حاكم شرعي آخر فهل يتمكن بذلك من الفسخ؟

احتمل شيخنا الأنصاري(١) جواز دفعه إلى حاكم آخر لأنه أيضاً ولي، ولا مزاحمة في ذلك للحاكم الأوّل في شيء، نعم يجب على الثاني ردّ الثمن إلى الأول لئلّا تتحقّق المزاحمة، ثم احتمل عدم وجوب الدفع إلى الحاكم الأول بدعوى أنّ هذا ملك جديد لم يتصرف فيه الحاكم الأوّل حتى لا يجوز مزاحمته فيه، بل هو ملك جديد حصل بالردّ من غير سبق التصرف فيه من حاكم آخر، ثم احتمل أخيراً أنّها مزاحمة عرفية للحاكم الأوّل فيجب عليه أن يدفعه إلى الحاكم الأوّل، هذا.

---

(١) المكاسب ٥: ١٤٤.

ولا يخفى عليك أنّا ذكرنا في بحث الولاية[1] أنّ ولاية الحاكم لم تثبت بدليل لفظي حتى نتمسك باطلاقها كما نثبت ولاية الأب والجدّ بالروايات وللتمسك باطلاقها مجال ، وبه نقول بجواز ردّ الثمن إلى الأب عند اشتراء الجدّ أو إلى الجدّ عند اشتراء الأب لأنّهما وليّان للطفل مطلقاً ، وأمّا الحاكم فلم يدل على ولايته دليل حتى يصح التمسك باطلاقه ، بل إنّما قلنا بولايته من باب الحسبة أي القطع بعدم رضا الشارع بذهاب مال الصغير أو نفسه هدراً أو بتلفه بلا موجب ، وأنّ الشارع راضٍ بالتصرف في أمواله حفظاً له أو لماله عن الضياع والتلف ، والمقدار المتيقّن ممن يجوز له التصرف في أموال الأطفال من باب الحسبة هو الحاكم ، وذلك لعدم احتمال كون العدالة مانعة عن القيام بتلك الوظيفة وعن جواز التصرف في مال الطفل بأن يكون الفسق شرطاً في جواز التصرف في مال الطفل ، كما لا نحتمل مانعية العلم عن ذلك بأن يقال باعتبار الجهل في المتصرف ، وعليه فالأمر يدور بين تعيّن الحاكم الشرعي أي العالم العادل في التصرف في أموال الأطفال وبين غيره من المؤمنين ، ولا إشكال أنّ الحاكم متعيّن .

وكيف كان ، فالأخذ بالحاكم وإثبات ولايته من باب الحسبة والأخذ بالمقدار المتيقّن كما ذكرناه في بحث الولاية ، وعليه فنقول : إذا قام بهذه الوظيفة أحد الحاكمين وباع أو اشترى للطفل مع مراعاة الغبطة والصلاح ، فبأيّ دليل تبقى الولاية للحاكم الثاني حينئذ حتى يجوز له أخذ الثمن أو نحوه ، لما عرفت من أنّ ولايته من جهة الأخذ بالمقدار المتيقن والحاكم الثاني ليس من القدر المتيقن بعد تصرفات الحاكم الأوّل ، وعليه فليس جواز ردّ الثمن إلى الحاكم الثاني أو عدمه مبنيّاً على مسألة المزاحمة وعدمها ، بل من جهة عدم المقتضي وعدم ولاية الحاكم

(١) راجع المجلد الثاني من هذا الكتاب مبحث الولاية الصفحة ١٧٥ .

الثاني .

وبالجملة : فنفصّل في المقام بين الأب والجد وبين الحاكمين ، ونلتزم بجواز ردّ الثمن إلى الأب عند مباشرة الجد وبالعكس في العكس ، بخلاف الحاكمين فإنّ الردّ إلى الحاكم الثاني غير مجوّز للفسخ لعدم ولايته حسب الفرض .

الأمر السابع

تارةً يشترط في بيع الخيار ردّ الثمن بأجمعه وعليه فلو ردّ بعضه فلا يتمكن من الفسخ لعدم حصول شرطه ، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف في ذلك البعض المدفوع لأنه باقٍ على ملك البائع ولم ينتقل بعد إليه ، فتصرفاته فيها تصرف في ملك الغير بلا إذنه وهو حرام ، والظاهر أنّ ذلك ممّا لا ينبغي الاشكال فيه .

وإن ناقش فيه بعضهم بأنّ الحق بينهما فإذا رضي البائع برجوع البعض المدفوع إلى ملك المشتري ورضي به المشتري أيضاً بتصرفاته فيه فيكون ذلك إقالة واستقالة فلا تكون تصرفات المشتري فيه محرّمة .

ويدفعه : أنّ دفع البعض ليس على وجه التمليك للمشتري بل إنما يدفعه إليه حتى يفسخ المعاملة بعد ذلك بردّ جميع الثمن ، ولربما لا يفسخ بعد ذلك أيضاً لبعض المصالح بنظره ، وكيف كان فليس دفع البعض من باب الاستقالة والفسخ الفعلي وعليه فلا يكون ذلك منتقلاً إلى المشتري لبقائه على ملك البائع ، والظاهر أنّ ما ذكرناه مما لا إشكال فيه .

ثم إنه إذا فرضنا أنّ البعض المدفوع تلف عند المشتري بغير تفريط فهل يضمنه المشتري أو لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ المشتري يضمنه

(١) المكاسب ٥ : ١٤٥ .

لأنّ البائع دفعه إليه على وجه الثمنية فلا محالة يكون تلفه على المشتري ، هذا .

والظاهر أنّ المشتري لا يضمن البعض المدفوع بوجه ، لأنـه عـنده أمـانة مالكية ، وأما ما أفاده (قدّس سرّه) من أن دفع البعض على وجه الثمنية فلم يظهر أنه ماذا أراد بهذا الكلام ، فإن أراد أنّ دفع بعض الثمن على وجه الفسخ ولو بالاضافة إلى مقدار المدفوع ، ففيه : أنه خلف الفرض ، إذ المفروض أنّ الخيار مشروط بردّ جميع الثمن . وإن أراد أنّ دفعه على وجه أنه من الثمن حتى يتمكن من الفسخ بـعد إكماله ، فمعناه أنه أمانة مالكية عند المشتري والأمـين لا يـضمن ، وبـالجملة فـلا نتصوّر غير الأمانة المالكية في المقام ولا ضمان في مثلها .

ولا يقاس المقام بالمقبوض للسوم فإنّا وإن قلنا فيه بالضمان وفاقاً للمشهور إلّا أنه من جهة أنّ الأخذ لأجل صلاح المشتري ، وأمّا في المقام فليس قبض البعض المدفوع مصلحة للمشتري بل هو على صلاح البائع ، لأنّ الغالب في بيع الخيار عدم رضا المشتري بالفسخ لأنّ ثمنه أقل من ثمن مثله غالباً والفسخ إنما هو على مصلحة البائع ، فمع كون دفعه لأجل صلاح نفسه فلا وجه لضمان المشتري له على تقدير تلفه بلا تفريط .

وأُخرى يشترط البائع الفسخ عند دفع بعض الثمن بحسب نسبة المدفوع إلى الثمن ، فإن كان بالنصف فيفسخ المعاملة في نصفها ، وإن كان بالربع فيفسخ ربـعها وهكذا ، وهذا أيضاً شرط صحيح لا محذور فيه ، وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ هذا الخيار أمر جعلي للمتعاقدين وليس أمراً ثابتاً بأصل الشرع ، وقد ذكـرنا أنّ صحة جعل الخيار واشتراطه في المعاملات على طبق القاعدة ولم نستند في صحته إلى الروايات الواردة في بيع الخيار حتى يقال كما قيل إنّ الروايات إنما اشتملت على جواز فسخ المعاملة عند دفع جميع الثمن دون بعضه ، فلا يصح اشتراط جواز الفسخ عند ردّ بعض الثمن ، كما منعنا عن ذلك في خياري المجلس والحيوان وقلنا إنّ فسخ

نصف البيع فيهما باطل وإنما نثبت بالأخبار فسخ تمام البيع أو إمضاء جميعه ، وأمّا فسخ بعضه دون بعض فلم تشتمل عليه الأخبار ، ولكن في بيع الخيار بما أنّا لم نستند إلى الأخبار بل قلنا إنّ صحته من جهة القاعدة الأوّلية بحيث كنّا حكمنا بصحته ولو لم تكن في البين رواية أصلاً ، فلا محالة نقول بصحة اشتراط الخيار في فسخ نصف المبيع أو ربعه أو غيرهما ، لأنه على وفق القاعدة الأوّلية وقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »[١] وهذا ظاهر .

ثم ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّ للمشتري خيار تبعّض الصفقة إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة هذا ، ولكنّا كلّما تأمّلنا في هذا المقام لم نتعقّل خيار تبعّض الصفقة فيما إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع إلى أن انقضت المدة ، وذلك لأنّ اشتراط الفسخ عند دفع بعض الثمن بنسبة المدفوع إلى الجميع يتصوّر على وجوه :

أحدها : أن يشترط الخيار في فسخ جميع المبيع إلّا أنّ فسخه يكون تدريجياً بأن يفسخ من المبيع بمقدار ما يدفعه من الثمن حتى ينتهي الثمن بانقضاء المدة إرفاقاً للبائع ، لعدم تمكّنه من دفع الثمن بأجمعه مرّة واحدة ، وفي هذه الصورة إذا فسخ مقداراً من المبيع بدفع مقدار من الثمن ولكن انقضت المدة قبل أن ينتهي الثمن ففي مثل ذلك يحكم بعدم خيار البائع لعدم وقوع فسخ الجميع في خلال المدة المشروط فيها فسخ تمام المبيع ، وهذا نظير إبطال الصلاة في التشهّد الأخير ونظير إبطال الصوم بآن قبل الغروب ، فإنّ عدم تحقق الفسخ في جزء من أجزاء المبيع في أثناء المدة يكشف عن عدم تحقق الفسخ من الابتداء ، لأنّ المقام نظير الواجب الارتباطي

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٤٥ .

فلو أخلّ بجزء يسير منه فلا محالة يكشف ذلك عن عدم تحقق شيء من أجزاء الواجب أصلاً ، وأنّ ما وقع في الخارج ليس من أجزاء الواجب لانتفاء بعض أجزائه ، وفي هذه الصورة لا خيار له أصلاً ويكشف عدم تحقق الفسخ في بعض أجزاء المبيع عن عدم تحققه في شيء من أجزائه من الابتداء .

وثانيها : أن يشترط الخيار في فسخ كل جزء دفع ثمنه إليه من دون أن يكون الخيار في فسخ هذا الجزء مربوطاً بالخيار في فسخ سائر الأجزاء أبداً ، فكأنها معاملات متعددة حسب تعدد الأجزاء بشرط الخيار في كل واحد منها ، حيث إنّ خياره في كل واحد من المعاملات غير مربوط بخياره في المعاملة الأُخرى وهذا ظاهر ، وعليه فإذا فسخ البائع في جزء من أجزاء المبيع ولم يفسخ في غيره فهذا لا يوجب خيار تبعّض الصفقة ، لأنّ هذا الخيار إنما يثبت بالاشتراط الارتكازي حيث إنّ ظاهر اشتراء شيء اشتراؤه بجميع أجزائه وبشرط اتّصال أحد أجزائه بالآخر ، فعند انتفاء ذلك يثبت للمشتري خيار تبعّض الصفقة ، وأمّا إذا أقدم المشتري على تبعّض الصفقة من الابتداء حيث اشترط عليه البائع الفسخ في جزء معيّن أو جزء غير معيّن من المبيع وقد رضي به المشتري ، فمعناه أنه أقدم على تبعّض صفقته ، فإذا أعمل البائع خياره في الجزء المعيّن أو غير المعيّن فهذا لا يوجب تبعّض الصفقة بوجه .

مثلاً ربما يبيع البائع للمشتري شاة منضمة إلى شاة ثانية بلا اشتراط الفسخ في البين ، وفي مثله إذا فسخ البيع في إحدى الشاتين أو تبيّن بطلان المعاملة بالاضافة إليها لكونها ملك الغير ، فلا محالة يثبت للمشتري الخيار لتبعّض الصفقة عليه ، لأنّ ظاهر شراء مجموع الشاتين أنه يشتريها بوصف الاجتماع ، والمفروض عدم وصوله إليه بوصف الاجتماع فيثبت له الخيار .

وأُخرى يبيع البائع للمشتري شاتين ويشترط لنفسه الخيار في فسخ بيع إحداهما ، فإذا أراد فسخ بيعها بعد ذلك أو تبيّن بطلان المعاملة بالاضافة إليها فهذا لا يوجب خيار تبعّض الصفقة على المشتري لأنه بنفسه أقدم عليه وألغى اشتراطه الارتكازي .

وثالثة : يشترط الخيار في فسخ كل واحد من الأجزاء بحيث يكون فسخ بعضها غير مربوط بفسخ الآخر أبداً فكأنّها معاملات قد اشترط فيها الخيار ، فإنّ الخيار في بعض تلك المعاملات لا ربط له بالخيار في المعاملة الأُخرى ، إلّا أنه يشترط عليه فسخ سائر الأجزاء أيضاً على تقدير فسخ بعضها ، فيرجع اشتراطه إلى شرط فسخ تمام المبيع إذا فسخ البيع في بعض أجزائه ، وفي مثله إذا فسخ البائع في بعض أجزاء المبيع ولم يفسخه في تمامه فيثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط ، فيأمر البائع بفسخ الجميع فإن فسخه فهو وإلّا جاز للمشتري فسخ الجميع .

وبالجملة : أنّ مرجع هذا الاشتراط إلى اشتراط إخراج سائر الأجزاء أيضاً عن ملكه على تقدير إخراج بعض الأجزاء ، وفي هذه الصورة يثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط كما ذكرناه فأين خيار تبعّض الصفقة في المقام ، ولا ندري أنه ما إذا أراد به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

والعجب أنه ذهب إلى ثبوت خيار تبعّض الصفقة فيما إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع قبل خروج المدة أيضاً ، وذلك لأنّا لو صحّحنا ما أفاده (قدّس سرّه) بعد خروج المدة بارجاعه إلى ما ذكرناه من خيار تخلّف الشرط فلا نتمكن من تصحيح ذلك قبل خروجها ، إذ لا موجب فيه للخيار لعدم انقضاء المدّة على الفرض ، ولم نر من تعرّض لهذه الجملة من كلامه (قدّس سرّه) تصحيحاً ولا ردّاً ، ولعلّه أراد من ذلك ما لا تصل إليه أفهامنا .

الأمر الثامن

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ بردّ الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ المثمن، وقد عرفت أنّ صحته من جهة موافقته للقاعدة الأوّلية وقوله (عليه السلام) «المؤمنون عند شروطهم»[٢] ولا إشكال في صحته كما مرّ، إلّا أنّ بين اشتراط البائع فسخ المعاملة بردّ الثمن واشتراط المشتري ذلك بردّ المثمن فرقاً من جهة أنّ الغالب في بيع الخيار هو مساس الحاجة إلى الثمن، فلذا قلنا إنّ الاطلاق فيه منصرف إلى اشتراط ردّ الأعم من شخصه أو مثله، وأمّا في اشتراط المشتري فسخ المعاملة برد المثمن فلا يأتي فيه ذلك، لأنّ إطلاقه ظاهر في ردّ نفس المثمن دون الأعم منه ومن بدله، لأنّ ما يحتاج إلى تبديله ولا يكون النظر فيه إلّا إلى المالية بلا غرض في خصوصياتها هو الثمن، فلذا ترى في المعاملات السوقية أنّ أحداً إذا فسخ معاملة لا يمكنه مطالبة البائع بعين ثمنه الذي دفعه إليه، بل يطالبه بماليته الأعم من شخصه وبدله عند العقلاء، بل الظاهر أنّ الثمن في المعاملات المتعارفة كلّي دائماً ولا تقع المعاملات على الأثمان الشخصية، وهذا بخلاف المثمن فإنّ الغرض فيه لا يتعلّق بماليته غالباً بل بشخصه وخصوصياته، فلذا عند إطلاق الاشتراط لابدّ من دفع شخص المثمن لا مثله وبدله، اللهمّ إلّا أن يشترطا الأعم وحينئذ فلا مانع من ردّ مثله وبدله.

والمتلخّص أنّ القرينة العامة القائمة في طرف البائع بإرادة الأعم من ردّ نفس الثمن وبدله غير متحققة في طرف المشتري إلّا أن يشترط ردّ الأعم من نفس المثمن وبدله، فإن اشترط ردّ نفس المثمن على تقدير بقائه وعدم انتفائه حقيقة أو

---

(١) المكاسب ٥ : ١٤٥ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

بالانتقال إلى الغير وردّ بدله على تقدير تلفه حقيقة أو حكماً ، فلا إشكال في صحة ذلك بعد ما عرفت من شمول الأدلة الدالّة على جواز الاشتراط في طرف البائع له .

وأمّا إذا اشترط ردّ الأعم مطلقاً أي ولو مع التمكّن من ردّ نفس المثمن فقد تقدّم أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) استشكل في صحته من أجل منافاته لمقتضى الفسخ حيث إنّ معناه رجوع كل من المالين إلى مالكهما على تقدير وجودهما ، ومعه إذا اشترط ردّ بدله فلا محالة يكون ذلك على خلاف مقتضى الفسخ وعلى خلاف الكتاب والسنّة ، هذا .

وقد ذكرنا سابقاً أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من كون مقتضى الفسخ رجوع كل من المالين إلى مالكهما وإن كان صحيحاً ولازمه أن لا يجوز اشتراط ردّ البدل مع التمكّن من ردّ نفس الثمن أو المثمن ، إلّا أنه يمكن أن يكون اشتراط ردّ الأعم راجعاً إلى شرط مبادلة حين الردّ بأن يقول إنّ مقتضى فسخ المعاملة وإن كان رجوع نفس الثمن أو المثمن إلى مالكه إلّا أنّي أشترط أن أُبدّله ببدله نظير اشتراط الوكالة في التبديل بل هو هو بعينه على نحو شرط النتيجة ، فيكون المشتري في المقام بعد الاشتراط وكيلاً في تبديل المثمن على تقدير فسخه ببدله وردّ البدل إلى مالكه وبهذا صحّحنا اشتراط ردّ البدل مع التمكّن من ردّ نفسه .

فإذا عرفت ذلك وصح اشتراط ردّ البدل مع بقاء المثمن فيظهر لك الحال فيما لو اشترط ردّ المثل في صورة تلف القيّمي أو اشترط ردّ القيمة عند تلف المثلي مع أنّ مقتضى القاعدة فيه رجوع القيمة في القيّمي والمثل في المثلي ، فإنه بناءً على ما ذكرناه مما لا ينبغي الاشكال في جوازه فإنه أيضاً من باب اشتراط الوكالة في تبديل القيمة بالمثل أو تبديل المثل بالقيمة ، ولا فرق بينه وبين الصورة المتقدّمة أعني اشتراط ردّ البدل مع بقاء نفس المثمن ، ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذهب إلى الصحة في الثانية دون الأُولى ، وقد عرفت أنه لا فرق بينهما إلّا في أنّ التبديل في

الصورة الأُولى تبديل أمر خارجي وهو المثمن الخارجي ببدله ، وفي الصورة الثانية تبديل لما في الذمة من المثل إلى القيمة أو من القيمة إلى المثل ، ولا فرق بين تبديل ما في الذمة وتبديل ما في الخارج ، فإن جاز جاز كلاهما وإن بطل بطل كلاهما .

ثم إنه كما يجوز للبائع اشتراط فسخ المعاملة بردّ الثمن ويجوز للمشتري اشتراطه بردّ المثمن كذلك يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما على الآخر بردّ ما انتقل إليه وهو ظاهر .

جريان خيار الشرط في جميع العقود وعدمه

قد عرفت أنّ الدليل على جواز اشتراط الخيار موافقته للقاعدة الأوّلية وشمول أدلة الشروط له نظير قوله « الشرط جائز بين المسلمين »[1] و « المؤمنون عند شروطهم »[2] وقوله « الشرط جائز إلّا ما خالف كتاب الله »[3] وغيرها مما دل على جواز الاشتراط ، وليس مدركه خصوص الأخبار الواردة في البيع ، وعليه فلا مانع من جريانه في جميع العقود والايقاعات ، إلّا أنهم ذهبوا إلى عدم جريانه في بعض الموارد :

منها : الايقاعات كالطلاق والابراء والعتق ، وقد استدل على عدم جريانه فيها على ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[4] بقصور المقتضي وعدم صدق الشرط إلّا على ما كان بين اثنين وكان معاملة قائمة بين شخصين ، ومن الواضح أنّ

---

(١) المستدرك ١٥ : ٨٧ / أبواب المهور ب ٣١ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب ٦ (نقل بالمضمون) .

(٤) المكاسب ٥ : ١٤٨ .

الطلاق ليس معاملة بين المطلق والمطلّقة والعتق بين السيد والعبد والابراء بين الدائن والمديون ، بل إنما هي أُمور قائمة بالمطلّق والسيد والدائن ، ومعه لا يصدق الشرط لاحتياجه إلى شخصين ، هذا .

والجواب عن ذلك : ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الشرط يحتاج إلى المشروط له والمشروط عليه ولا حاجة له إلى موجب وقابل ، فلا مانع من اشتراط شيء في عتق عبده أو إبراء مديونه لتحقق المشروط له والمشروط عليه ، وأمّا الموجب والقابل فقد عرفت عدم احتياجه له وتشمله أدلة الشروط لا محالة ، فلا قصور من حيث المقتضي ويصدق عليه الشرط .

ومن هنا تمسك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في وجه عدم جريان الخيار في الايقاعات بأمر آخر وقد أصرّ عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] في أكثر المقامات وملخّصه : أنّ المناط في جواز دخول الخيار في شيء قابليته للاقالة والاستقالة فكل أمر قابل للاقالة يدخل عليه الخيار لأنها تكشف عن أنّ اللزوم فيه حقّي ولذا جاز سقوطه بالاقالة ، وأمّا ما لا يقبل الاقالة فذلك كاشف عن أنّ لزومه حكمي ومن هنا لم يسقط بالاقالة ، وإلى ذلك يرجع أيضاً ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث ذكر أنّ الوجه في عدم جريان الخيار في مثل الايقاعات عدم مشروعية الفسخ وقد علمنا مشروعيته في البيع من جهة دخول خياري المجلس والحيوان عليه ، وأمّا الايقاعات فلم تثبت مشروعية فسخها ، هذا فراجع .

وقد ذكرنا سابقاً أنّ المناط في جريان الخيار وقبوله الفسخ والاسقاط هو الدليل ، إذ لا فرق بين الحق والحكم سنخاً فهما أمر واحد حقيقة غاية الأمر أنّ اختيار بعض الأحكام موكول إلى المكلّفين وبعضها الآخر غير داخل تحت قدرته

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٠٢ .

ولا يتمكّن من رفعه ووضعه، وليس مدار الجواز وعدمه كون شيء حقاً أو حكماً إذ لا فرق بينهما كما مرّ، ومن هنا نرى أنّ بعض العقود ممّا حكم الشارع بجواز فسخه من بعض الجهات وعدم جوازه من بعض الجهات الأُخر، وهذا كالنكاح حيث إنّ الشارع رخّص في فسخه بأحد العيوب الستة ولم يرخّص في فسخه بشيء آخر غيرها.

وبالجملة: أنه مما لا تدخل فيه الاقالة مع جريان الفسخ والخيار فيه، غاية الأمر لا على نحو الاطلاق بل مقيّداً ببعض الجهات.

وعليه فالمناط في جريان الخيار وعدمه هو ملاحظة الدليل، فإذا فرضنا أنّ الروايات الواردة في أنّ « الشرط جائز » أو « المؤمنون عند شروطهم » أو « إنّ الشرط بين المسلمين جائز إلّا ما خالف الكتاب » وقوله (عليه السلام): « فليف بشرطه »(١) وغيرها من الروايات مطلقة ولا قصور فيها في الشمول لاشتراط الخيار في الايقاعات، فيمكننا القول بجواز اشتراط الخيار حتى في الايقاعات كالعتق لأنه شرط غير مخالف للكتاب وأنّ « المؤمنون عند شروطهم » إلّا أنّ ظاهر تلك الأخبار هو مجرد الالزام بالوفاء والعمل بالشرط من دون إثبات الخيار، بل ظاهرها مجرد الالزام والحكم التكليفي وهو الوجوب، ووجوب العمل على الشرط والالزام به إنما يتحقق في شروط الأفعال كاشتراط الخياطة ونحوها ولا يشمل موارد شرط النتيجة كاشتراط الخيار ونحوه إذ لا عمل فيها حتى يجب على المشروط عليه، هذا.

ولو سلّم شموله لمطلق الشروط أيضاً فلا يمكن الالتزام بشموله للمقام وذلك لأنّ الحكم بوجوب الوفاء والالزام به بقرينة قوله « فليف بشرطه » ونحوه إنما

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٧ / أبواب الخيار ب٦ ح٥.

يختص بما إذا أُضيف الشرط إلى المفعول ، فمعنى قوله (عليه السلام) « فليف بشرطه » أي بما اشترطه على نفسه ، وكذا معنى قوله « عند شروطهم » فإنه بمعنى عند ما اشترطوا على أنفسهم ، وكيف كان فيحتاج الحكم بالوفاء إلى إضافة الشرط إليه حتى يصدق أنه شرطه ويجب عليه الوفاء بشرطه وهكذا وإضافة الشرط إلى المشروط عليه بحيث يصدق أنه شرطه يتوقف على التزام المشروط عليه به ، وإلّا فمجرد التزام المشروط له بشيء على المشروط عليه لا يصحح إضافة الشرط إلى المشروط عليه ، إذ لا يصدق أنه شرطه لأنه يمكنه أن يقول متى اشترطت على نفسي حتى أفي بشرطي ويجب عليّ الوفاء به .

وعليه فلا يصدق الشرط المضاف إلى المشروط عليه على الشروط في الايقاعات ، فإنّ الزوج إذا طلّق زوجته والتزم من عند نفسه على المطلّقة الخيار فلا يصدق على التزام المطلّق أنه شرط المطلّقة فلتف بشرطها ، إذ لها أن تقول متى شرطت على نفسي حتى التزم به ، إذ المفروض أنّ الوفاء إنما يجب بشرطه والمفروض أيضاً أنه غير عالم ولا ملتزم بشيء وإنما التزمه المشروط له عليه في ضمن الايقاع وقد عرفت أنّ هذا لا يصحح إضافة الشرط إليه ، بل إضافته إليه وصدق أنه شرطه يتوقّف على التزام آخر من المشروط عليه حتى يتعاقد مع التزام المشروط له ليكون عقد التزام بالتزام آخر ، وهو لا يتحقق إلّا في العقود دون الايقاعات .

وبعبارة أُخرى : أنّ الشرط لو كان مضافاً إلى الفاعل بمعنى المصدر المضاف إلى الفاعل فهو لا يحتاج إلى أزيد من التزام نفس المشروط له الذي هو الشارط لصحة أن يقال : إنه شرطه فليف به ، وأمّا إذا أُضيف إلى المشروط والمفعول فلا تتحقق تلك الاضافة إلّا في ضمن التزام بالتزام ، وهو يختص بالعقود ولا يتحقق التزام في الايقاعات من المشروط عليه ، فلأجل ذلك لا يشمل قوله « المؤمنون عند

شروطهم »[١] الشروط في ضمن الايقاعات .

والذي يدل على ما ذكرناه : أنّا لا نحتمل فقيهاً يفتي بلزوم العمل على طبق الشرط الذي شرطه المشروط له في الايقاعات فيما إذا كان الاشتراط اشتراط أمر آخر غير الخيار كاشتراط الخياطة في ضمن الطلاق واشتراط أن لا تتزوّج المطلّقة أو لا تخرج من بيتها ونحو ذلك ، لأنه أيضاً نحو من الاشتراط عند الأصحاب وإن كان مرجعه عندنا إلى اشتراط الخيار كما تقدم . مع أنّه لم نسمع ولا نحتمل أيضاً أن يفتي فقيه بوجوب العمل على ما اشترطه المشروط له على المشروط عليه في ضمن إيقاع من الايقاعات ، وليس هذا إلّا من جهة عدم إضافة ذلك الشرط إلى المشروط عليه لعدم اطّلاعه عليه وعدم التزامه به وإنما التزمه المشروط له عند نفسه في الايقاع ، وأمّا ما نقل من جواز العتق بشرط خدمة شهر فهو أمر صحيح ولا يمكن قياسه على المقام كما سيأتي توضيحه عن قريب إن شاء الله تعالى .

والمتلخّص أنّ دليل جواز الشروط إن كان هو قوله « المؤمنون عند شروطهم » وغيره من الأخبار الواردة بما يقرب من هذا المضمون فهو لا يشمل الشروط في ضمن الايقاعات ، وأمّا إذا كان مدركه هو العمومات الدالة على جواز البيع والصلح وغيرها من المعاملات كما هو كذلك على مسلكنا ، فجواز الاشتراط في الايقاعات وعدمه يحتاج إلى جريان ما ذكرناه في معنى اشتراط الخيار في ضمن العقود في الايقاعات أيضاً وتوضيحه : أنّا ذكرنا سابقاً أنّ معنى الاشتراط في مثل البيع ونحوه هو تضييق دائرة الملكية المنشأة ، ومرجعه إلى البيع الموقت بزمان الفسخ في مقابل البيع ورفع اليد عن الملك على نحو الاطلاق على ما مرّ تفصيله سابقاً ، وقد ذكرنا أنّ البيع المقيّد بالفسخ أمر جرت عليه سيرة العقلاء ، وهو أمر متعارف عند

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

العرف ، ولأجل ذلك يشمله عموم ﴿أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ﴾[١] و ﴿أَحَـلَّ اللهُ الْـبَيْعَ﴾[٢] وغيرها من أدلّة صحة البيع ، فيكون الدليل على جواز الاشتراط أي البيع إلى زمان الفسخ هو عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ من غير حاجة إلى دليل آخر ، هذا كلّه في مثل البيع ونحوه مما يكون فيه إيجاد أمر معدوم إلى زمان الفسخ إذ البيع عبارة عن إعطاء السلطنة أي ربط العلقة الملكية بالمشتري بعد ما كـانت مربوطة بالبائع ، وقد عرفت أنه أمر عليه بناء العقلاء ، ولذا تشمله العمومات كما تقدّم آنفاً .

وأمّا الايقاعات التي هي إعدام أمر موجود ، لأنّ العتق إعدام للتقيّد وجعل العبد بلا تقيّد بعد ما كان مقيّداً ، والطلاق إعدام للزوجية وجعل المرأة بلا قيد المعبّر عنه في الفارسية بـ(رها كردن) فاشتراط الخيار فيها أو اشتراط أمر آخر كالخياطة الراجعة بالأخرة إلى إشتراط الخيار على مسلكنا معناه إيجاد العتق مـقيّداً بـزمان الفسخ وإنشاء الطلاق إلى زمان الفسخ ، وكذلك الابراء بأن يكون العبد خارجاً عن العبودية إلى زمان الفسخ ونفرضه خمسة سنوات وبعده يكون رقّاً له ، والمرأة تكون خليّة وبلا تقيّد إلى زمان الفسخ وتكون زوجة له بعد الفسخ ، نظير ما ذكرناه في البيع وشمول إطلاقات الطلاق أو العتق أو الابراء للطلاق المقيّد إلى زمان الفسخ ، أو الابراء والعتق الموقتان إلى زمان فسخ الدائن والسيد يتوقف على كون ذلك أمراً دارجاً عرفياً بحيث يجوز عرفاً أن تتزوّج المرأة خلال تلك المدة متعة ثم إذا فسخ المطلّق طلاقها تعود إلى زوجية زوجها السابق ، إلّا أنها كما ترى ليست أُموراً عرفية وأمراً دارجاً متعارفاً عند العقلاء ، ولأجل ذلك لا تشملها الاطلاقات ولا يـصح

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

اشتراط الخيار ولا اشتراط شيء آخر في الايقاعات ، لأنّ مرجعه إلى الايقاع المقيّد والموقت إلى زمان الفسخ .

وأمّا ما ذكروه من جواز العتق بشرط خدمته سنة أو شهر فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنه من جهة أنّ العتق كالبيع ورفع اليد عن الملك ، والمالك للشيء مالك لمنافعه فيصح له بيعه مسلوب المنافع إلى مدة معيّنة بمعنى عدم إخراج المنافع عن ملكه من الابتداء لا إخراجها ثم إدخالها في ملكه ، وبما أنّ العتق كالبيع فله أن يرفع اليد عن ملكه وهو العبد بتحريره وعتقه مسلوب المنافع إلى مدة معيّنة وهو غير راجع إلى العتق الموقت بزمان الفسخ .

فالمتحصّل : أنّ جعل الخيار مرجعه إلى تضييق دائرة المنشأ ، وهذا في الايقاعات التي هي إعدام أُمور موجودة غير صحيح ، لعدم قبولها التوقيت عند العرف والعقلاء ، فلا يصح عندهم الطلاق الموقت إلى زمان الفسخ ولا العتق إلى زمانه ولا الابراء إلى ذلك الزمان ، لأنه ينافي الارسال والاطلاق والحرمة في مقابل التقييد والتضييق ، نعم لا مانع من جريان ذلك في العقود التي هي إيجادات وأمّا في الايقاعات فلا ، فكما لا يصح تقييدها بزماني كنزول المطر وقدوم الحاج فكذلك لا يصح تقييدها بالزمان كزمان الفسخ ونحوه .

وأمّا الايقاعات التي هي إيجاد أُمور معدومة نظير الوصية بناءً على أنها إيقاع وأنها لا تحتاج إلى قبول كما قوّاه السيد في عروته[1] ولا يبعد أن يكون كذلك ، ونظير الوقف لأنه على التحقيق لا يحتاج إلى قبول ومن الظاهر أنها من الايجاد نظير الهبة غاية الأمر أنها تمليك في زمان الحياة والوصية تمليك بعد الحياة فالكلام فيها هو الكلام في العقود وسيأتي تحقيقها عن قريب إن شاء الله تعالى .

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٥٩ فصل في معنى الوصية المسألة [٣٨٩٩] .

فالمتحصّل : أنّ الوجه في عدم جريان اشتراط الخيار في الايقاعات هو أنّ جعل الخيار مرجعه إلى التوقيت ، والتوقيت فيها غير صحيح عند العقلاء كما لا يخفى .

وأمّا العقود فبعضها مما لا يأتي فيه اشتراط الخيار بالاتّفاق وهذا كالنكاح ولم نسمع ولم نعرف أحداً يلتزم فيه بجواز الاشتراط ، ولكن السيد (قدّس سرّه)[1] قد استشكل في عدم جريان الخيار فيه لولا الاجماع عليه ، وأنه لا ميز بينه وبين سائر العقود اللازمة مع أنهم التزموا بجواز اشتراط الخيار فيها ، فليكن النكاح أيضاً كذلك ، هذا .

والظاهر أنّ الوجه في عدم جريان الخيار في النكاح هو ما ذكرناه في معنى اشتراط الخيار ، لما عرفت من أنّ مرجعه إلى التوقيت فيؤول جعل الخيار في النكاح إلى النكاح الموقت بزمان الفسخ ، فلا يكون نكاحاً مطلقاً دائمياً ، إذ لا يجتمع الدوام مع التوقيت ، لأنّ معنى التوقيت عدم اعتبار العلقة الزوجية بعده ومعنى الدوام هو اعتبارها مطلقاً وهذان لا يجتمعان ، فإذا صار النكاح منقطعاً وموقتاً فلابدّ فيه من تعيين الوقت لما ورد[2] من الأخبار في اشتراط العلم بالمدة ، وبما أنّ التعليق على الفسخ تعليق له بما لا تعيّن له ، لأنه لا يدري أنه يفسخ أو لا يفسخ أصلاً ولو مع تعيين زمان الخيار أيضاً لأنّ الفسخ مع ذلك غير معلوم ، فلا محالة يكون تعليق النكاح على الفسخ موجباً لبطلانه ومفسداً له .

ومن هذا يظهر الفرق بين النكاح وبين غيره من العقود اللازمة ، وأنّ اشتراط الخيار في غيره لماذا لا يوجب الفساد ولكن يوجبه في النكاح .

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٣٢ من مبحث الخيارات .

(٢) الوسائل ٢١ : ٤٢ / أبواب المتعة ب١٧ .

وأمّا توقيت النكاح بمثل الطلاق، لأنّ النكاح واقعاً موقت بزمان الطلاق، أو بمثل الفسخ عند أحد العيوب الستة الموجبة للفسخ والخيار، فهو مما لا مانع منه لامضاء الشارع له حسب الفرض وبعد إمضائه لا محذور فيه بوجه، فلو تزوّجها وصرّح بتوقيته إلى الطلاق فعقده صحيح، لأنه موقت بذلك بحسب الواقع فالتصريح به لا يزيد على واقعه، وكذا التوقيت بأحد العيوب الموجبة للخيار شرعاً، وهذا ظاهر.

ومن العقود والايقاعات الايجادية ما هو مشكوك ومحل الكلام في جواز اشتراط الخيار فيه وعدمه، وهذا كالوقف حيث اختلفوا في جواز اشتراط الخيار فيه، والتحقيق أنّ الوقف على قسمين كما ذكرناه في الوقف:

أحدهما: التحرير وفك الملك في الحقيقة نظير وقف الأرض مسجداً فإنه كما ذكرناه تحرير وجعل الأرض حرّة وإزالة لقيد الملك، لأنه بيت الله فهو إعدام لأمر موجود كالعتق، وفي مثله لا يصح اشتراط الخيار، لأنّ مرجعه إلى التحرير الموقت وقد مرّ أنّ العتق والتحرير الموقتين غير صحيحين عند العرف والعقلاء، لأنه منافٍ للاطلاق، وقد عرفت أنّ المسجد يتوقف على تحرير الملك حتى لو لم يحرّره بل وقفه مدة معيّنة كخمسين سنة مسجداً لله لما كان ذلك مسجداً ولا يترتّب عليه آثاره، نعم هو معبد أو مدرس أو غيرهما مما هو تمليك لجهة عامة أو خاصة إلّا أنه غير المسجد بحسب الأحكام كوجوب إزالة النجاسة عنه. وكيف كان فبحكم ﴿**أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ**﴾(١) يشترط في المسجد تحرير الملك، وهذا لا يجتمع مع التوقيت كما عرفت.

وثانيهما: تمليك في الحقيقة لجهة أو للموقوف عليهم على أن لا يباع نظير الوقف للأولاد أو لغيرهم، وهذا القسم في حدّ نفسه مما لا مانع من اشتراط الخيار

---

(١) الجن ٧٢: ١٨.

فيه ولم يمنع عنه دليل ، اللهمّ إلّا إذا قلنا باشتراط الدوام في صحة الوقف ، وأنّ التمليك فيه لابدّ أن يكون دائمياً كما دل عليه بعض الأخبار[١] من أنّ الموقت ليس بوقف بل هو عمرىٰ وسكنى ونحوهما ، فلا محالة لا يدخله الخيار لمنافاته الدوام المعتبر فيه فجريان اشتراط الخيار في الوقف وعدمه مبني على تحقيق مسألة اشتراط الدوام في الوقف وعدمه ، وما ذكرناه هو الوجه في عدم جريان الخيار في الوقف .

وأمّا ما ربما يقال : من أنّ الوقف يعتبر فيه قصد القربة ويكون لله وكلّ ما يكون لله وقُصد به القربة فهو لا يرجع إلى مالكه ، فمندفع بحسب الصغرى والكبرى أمّا بحسب الصغرى فلأنّ الوقف لا يعتبر فيه قصد القربة لصحة الوقف على الذرية والأولاد لأجل ما فيهم من الخصوصية والغرض لا لأجل القربة كما هو ظاهر . وأمّا بحسب الكبرى فلعدم الدليل على أنّ كل ما قصد به القربة فهو لا يرجع إلى مالكه .

وأمّا الموثقة التي استدل بها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] ففيها أنّها على تقدير تماميتها واردة في اشتراط رجوع الوقف إلى مالكه بنفسه وبنحو شرط النتيجة ، وهذا أجنبي عن اشتراط الخيار وإرجاع الوقف بالفسخ كما هو محل الكلام ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] بعد ما ذكر أنّ بعض العقود لا يأتي فيه الاشتراط بالاتّفاق وبعضها الآخر محل الخلاف ذكر أنه عند الشك في جواز الاشتراط وتأثيره في الخيار في مورد فالمرجع هو الأصل والأصل عدم التأثير وعدم سببية الاشتراط للفسخ ، وهذا هو الذي يهمّنا تحقيقه في المقام لنرى أنّ

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٩٢ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٧.

(٢) المكاسب ٥ : ١٥٢ .

(٣) لاحظ المكاسب ٥ : ١٥٣ .

الأصل عند الشك في جواز الاشتراط في عقدٍ هو التأثير أو عدمه ، وذلك لما عرفت من أنّ مرجع اشتراط الخيار إلى تضييق المنشأ وتوقيته بوقت الفسخ ، وذكرنا أنّ البيع والاجارة وغيرهما من المعاملات موقتاً بوقت الفسخ أمر سائغ عند العقلاء (وإن لم يجز عندهم البيع الموقت بزمان كالبيع إلى شهر) وتشمله العمومات نحو ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيرهما ، ومقتضاه رجوع الملك إلى مالكه الأول عند فسخ المعاملة ، فإذا اشترط الخيار في معاملة وشككنا في قبولها له وعدمه فمقتضى الأصل أعني الاطلاقات والعمومات هو ثبوت الملك إلى زمان الفسخ وأمّا الأزيد منه فلا ، وذلك لأنّ ما أنشأه المنشئ هو الملكية الموقتة بوقت الفسخ ومقتضى الاطلاقات صحة هذا الأمر الموقت وكون الملكية موقتة بهذا الوقت بحيث إذا فسخ المعاملة يرجع الملك إلى مالكه ، وأمّا الملك على نحو الأبد حتى بعد زمان الفسخ فهو أمر لم يثبت بدليل ولا قصده المتعاقدان فبأي شيء يمكننا الحكم بالملكية الدائمة وعدم ارتفاعها بالفسخ ، لأنه إما أن يستند إلى إنشاء المتعاقدين والمفروض عدمه لأنهما قد أنشآها موقتة بوقت الفسخ كما هو معنى اشتراط الخيار ، وإمّا أن يستند إلى حكم الشارع بثبوت الملكية الدائمة غير المرتفعة بالفسخ فهذا يحتاج إلى دليل لأنه على خلاف ما قصده المتعاقدان وعلى خلاف ما أنشآه ، وعليه فمقتضى الأصل أي الاطلاقات تأثير الفسخ وكون المنشأ هو الملكية إلى زمان الفسخ لا مطلق الملكية ، فما معنى أنّ الأصل عدم تأثير الاشتراط كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وتحقيق هذا الكلام يتوقف على بيان الشروط وبيان معنى الاشتراط في العقود فنقول : إنّ الاشتراط قد يكون معناه جعل الخيار منوطاً بعدم حصول ذلك الشرط ، وقد يكون معناه أمراً آخر غير جعل الخيار وقد يكون معناه مجمعاً بينهما وتوضيحه :

أنّ الشرط تارةً من قبيل الأُمور الخارجة عن اختيار المتعاقدين نظير اشتراط كون العبد كاتباً أو بوصف كذا أو كونه من قبيلة كذا وغيرها من الأوصاف الخارجة عن الاختيار ، فمعنى هذا الاشتراط إمّا هو التعليق في العقود بأن تكون المعاملة معلّقة على كون العبد كذا أو المبيع بوصف كذا وهو يوجب البطلان ، كما هو ظاهر ، وإمّا معناه جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم اتّصاف المبيع بذلك الوصف وليس في هذا القسم إلزام والتزام بهذا الشرط بأن يلتزم المشروط عليه بكون المبيع كذا وكذا مما هو خارج عن اختياره ولا يشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم » بل تشمله عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ إذ المفروض أنها أُمور خارجة عن اختياره ، وما لا يكون داخلاً تحت الاختيار فلا يمكن الالزام به ، وما لا يمكن الالزام به لا يمكن الالتزام به أيضاً ، فليس معنى هذا الاشتراط إلّا جعل الخيار لنفسه على تقدير تخلّف المبيع عمّا اشترطاه فيه ، من دون الحكم بوجوب العمل على طبق هذا الاشتراط لأنه أمر خارج عن الاختيار .

وأُخرى يكون الشرط من الأُمور الداخلة تحت اختيار المتعاقدين نظير اشتراط الخياطة أو الكتابة ونحوهما من الأفعال الاختيارية ، ومرجع هذا الاشتراط إلى تعليق العقد على نفس الالتزام بالشرط ، وهذا التعليق خارج عن التعليق المبطل للمعاملة ، وذلك لأنّ مدرك كون التعليق مبطلاً في العقود هو الاجماع وهو دليل لبّي والمقدار المتيقّن منه هو ما إذا علّق المعاملة على وجود الملتزم به ، وأمّا التعليق على نفس التزام الطرف بالشرط المفروض وجوده أي وجود الالتزام حال العقد فمّا لا دليل على بطلانه ، ومن هنا أي من أجل أنّ أمثال هذه الشروط مرجعها إلى تعليق العقد على نفس الالتزام بها ذكر شيخنا الأنصاري

(قدّس سرّه)[١] وغيره أنه إذا باع بشرط كذا فقبله المشتري بلا شرط بطل العقد لأنه إنما يعلّق العقد على التزام الطرف بالشرط ولا يبيع ولا يتعامل معه لولا هذا الالتزام كما هو المشاهد في الاشتراطات المتعارفة فيقول البائع للمشتري : بعتك على أن تلتزم بكذا ، وهذا يشمله عموم « المؤمنون عند شروطهم » فيجب على المشروط عليه أن يعمل حسب شرطه .

ثم إنّ هذا الاشتراط إذا كان في العقود الجائزة بنفسها كالوكالة أو كان في العقود اللازمة التي نعلم بعدم قبولها الخيار كالنكاح معناه مجرد الالتزام ووجوب العمل حسب الاشتراط من دون استلزامه لجعل الخيار ، وذلك لأنّ العقود الجائزة بالذات جائزة في حد نفسها إلى الأبد ، فما معنى اشتراط الخيار فيها ، فيكون جعل الخيار في أمثال هذه العقود من اللغو الظاهر ، وكذا في عقد يعلمان باستمراره وعدم قبوله الخيار كالنكاح فإنهما مع علمهما بالحال كيف يجعلان فيه الخيار ، فليس مرجع الاشتراط في الأُمور الاختيارية إلّا إلى وجوب العمل على طبق التزامه شرعاً ، وأمّا إذا كان هذا الاشتراط في العقود اللازمة التي يدخلها الخيار كالبيع فمرجعه إلى كلا الأمرين من وجوب العمل حسب التزامه ومن جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم العمل على التزامه ، فلذا ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] وغيره أنه في هذه الموارد يجبر أوّلاً على العمل بما اشترط عليه شرعاً ، فإن عمل بما التزمه فهو وإلّا فيثبت له أي للمشروط له الخيار ويتمكن من الفسخ ، وهذه الصورة هي مجمع الأمرين أعني وجوب العمل على التزامه وجعل الخيار على تقدير عدمه .

ثم إنه إذا اشترط الخيار فيما لا يدخل فيه الخيار عند العقلاء كالابراء والعتق

(١) المكاسب ٣: ١٧٥ .

(٢) المكاسب ٦: ٧٠ .

والطلاق ، أو فيما لا يدخل فيه الخيار شرعاً كما في النكاح كان ذلك موجباً لفساد العقد رأساً ، وذلك لما عرفت من أنّ مرجع الاشتراط وجعل الخيار فيها إلى التضييق في دائرة المنشأ ، وأنّ المنشأ موقت بوقت الفسخ ، والمفروض أنّ الشارع حكم بفساد ذلك الشرط وأنّ المنشأ لابدّ وأن يكون مطلقاً ، وعليه فما أنشأه المتعاقدان وهو الحرية أو الزوجية الموقتة لم يمضه الشارع حسب الفرض وما أمضاه وهو الزوجية الدائمة أو الحرية المطلقة لم ينشئه المتعاقدان ، فلا محالة يكون اشتراط الخيار فيما لا يدخله الخيار شرعاً كما في النكاح أو عند العرف كما في الابراء والعتق والطلاق موجباً لفساد المعاملة رأساً ، لأنّ المنشأ فيها غير ممضى والممضى غير منشأ وهذا ظاهر ، وعليه فيكون فساد تلك العقود بفساد شرطها حسب القاعدة ، ومن هنا قلنا بفساد النكاح عند اشتراط الخيار فيه في حواشينا على العروة(١) من جهة أنه على طبق القاعدة فلا يحتاج فيه إلى دليل ، هذا كلّه عند اشتراط الخيار .

وأمّا بطلان الشرط في القسم الثاني ممّا يكون العقد فيه مبنياً على نفس الالتزام ومعلّقاً عليه ، فهو لا يوجب بطلان المعاملة رأساً(٢) وذلك لأنّ المفروض أنّ العقد معلّق على الالتزام وقد فرضنا أنه حاصل عند البيع ، ولازمه صحة المعاملة ولو كان نفس الالتزام فاسداً ، لأنّ عدم جوازه أو حرمته لا يمنع عن

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٣٨ فصل في مسائل متفرقة من النكاح المسألة الأُولى [٣٨٥٥] .

(٢) ولعلّ نظره إلى أنّ فساد الشرط في هذا القسم ليس كفساده في اشتراط الخيار في النكاح موجباً لعدم إمضاء الشارع ، بل لا مانع من أن يكون العقد ممضىً في حد نفسه في هذا القسم ، غاية الأمر أنه مبني على أنّ فساد الشرط يفسد المشروط أو لا ، ففساده لو كان فإنما هو من هذه الجهة لا من جهة عدم الامضاء كما ذكرناه في النكاح ، وكذا الحال في القسم الثالث .

حصول ما يتوقف عليه ، فالمعاملة صحيحة إلّا أنّ شرطها وهو الالتزام بكذا محرّم وفاسد ، فلا يلزم منه فساد المعاملة رأساً ، وأمّا فساد الشرط في القسم الأخير الذي هو مجمع اشتراط الخيار ووجوب العمل بما التزمه فلابدّ فيه من ملاحظة كلتا الجهتين فنرى أنّ العقد ممضى في حد نفسه ، وفساده لو كان فإنما هو من جهة فساد شرطه ، أو أنه من قبيل اشتراط الخيار في النكاح يوجب فساده بحسب القاعدة أي يوجب عدم إمضائه في حد نفسه ولو مع قطع النظر عن فساد الشرط .

وحاصل الكلام[1] أنّ مرجع اشتراط الخيار إلى توقيت المنشأ إلى أمر زماني وهو الفسخ بحيث تكون له السلطنة التامّة في العين بجميع شؤونها وأنحائها ويتمكن من جميع التصرفات في العين باعدامها تكويناً كما إذا أكل الخبز أو باعدامها حكماً كما إذا أعتق العبد أو باعه من شخص آخر ، وهذه السلطنة التامة في العين بجميع شؤونها حتى باعدام تلك السلطنة موقتة إلى زمان الفسخ ، فإذا فسخ المشروط له العقد فترتفع تلك السلطنة المطلقة لحصول غايتها وانتهاء أمدها ، ولا منافاة بين كون السلطنة مطلقة وبين توقيتها بوقت ، إذ له أن يتصرف في خلال تلك المدة بتصرف أبدي في العين باعدامها أو إتلافها ، وكيف كان فهذا نظير الرئاسة الحكومية فإنّ المتصرف ذا سلطنة في بلده موقتة بسنة أو سنتين ، إلّا أنّ سلطنته مطلقة بحيث يتمكن من إيجاد اُمور وتصرف يبقى إلى الأبد كإيجاد الشوارع ونحوها أو تأجير أرض خمسين سنة .

وبالجملة : أنّ تلك السلطنة التامة المعبّر عنها بالملك موقتة بالفسخ كما أنّها موقتة ومقيّدة ببقاء العين ، إذ اعتبار الملك بعد تلف العين من اللغو الظاهر إذ لا أثر لذلك الاعتبار ، اللهمّ إلّا أن يكون التلف مستنداً إلى متلف فيعتبر التالف حينئذ

---

(١) هذا ليس بحاصل لما سبق بل هو مطلب جديد أفاده بعد بيان المطالب المتقدّمة .

ملكاً لمالكه حتى يصح له مطالبة المتلف بمثل التالف أو قيمته ، وأمّا في التلف السماوي فلا معنى لاعتبار الملكية في العين التالفة بوجه ، فيكون التلف أيضاً غاية لارتفاع الملكية كما أنّ الفسخ غاية لها .

إلّا أنّ بين التلف والفسخ فرقاً واضحاً ، وهو أنّ التلف يوجب ارتفاع الملكية لعدم الأثر في اعتبارها بعد التلف ، إلّا أنه لا يرفع المعاقدة المتحققة بينهما ، بل للمعاقدة وجود وتحقق عند العقلاء حتى بعد تلف العين ، بمعنى أنّ المالك حسب تلك المعاقدة لا يتمكّن من رفع اليد عنها ومطالبة المشتري بالمثل أو القيمة ، بل لا يستحق إلّا الثمن المسمّى وهذا ظاهر ، وما أشبهه بالحجية فإنّ الحجة كالأمارات حجة قبل العمل بها كما أنها حجة بعد العمل بها ، ومعنى حجّيتها بعد العمل الاستناد في عدم وجوب الاعادة أو القضاء إليها ، فإذا قامت الأمارة على طهارة ماء فتوضأ منه أحد بحسب قيام تلك الأمارة وصلّى به وبعد الصلاة قيل له لماذا لا تعيد صلاتك ولماذا لا تأتي بها ثانياً فيجيب بأنّي إنما لا أُعيد من جهة تلك الأمارة لأنّ عملي بحسب مقتضاها صحيح .

وبالجملة : أنّ الحجة حجة قبل العمل وبعده كما أنّ المعاقدة معاقدة قبل التلف وبعده ، بمعنى أنّ المالك لو طالبه ببدل ملكه (بعد ردّ ثمنه) قبل تلفه فيجيبه بأنّا تعاقدنا فالملك ملكي وتصرفي كان في ملكي لا في ملكك ، وبهذا يجيبه لو طالبه بمثله أو قيمته بعد تلفه . ومن هنا أي من أجل بقاء المعاقدة بهما تصح الاقالة بعد تلف العين ، فإذا تحققت الاقالة بمعنى اعتبار التالف ملكاً للبائع قبل تلفه بأن يكون الاعتبار فعلياً والمعتبر وهو الملكية أمراً سابقاً على التلف ويعتبر الثمن ملكاً للمشتري ، فللبائع أن يطالب المشتري بثمن مثل التالف أو بقيمته ، لأنه من الآن صار ملكاً له من الابتداء وقد تلف هذا الملك تحت يد المشتري ، فله أن يخرج عن عهدتها بدفع مثل الثمن أو بقيمته (نعم لا يعتبر التالف ملكاً بالفعل لأنه لغو) كما أنّ

العين إذا كانت موجودة يطالبه بعين ماله .

وهذا بخلاف الفسخ فإنه كما يوجب ارتفاع الملكية يوجب ارتفاع المعاقدة أيضاً ، فبعد الفسخ لا معنى للاقالة ولا تبقى معاقدة أبداً ، فإذا فسخ العقد وارتفعت المعاقدة والملك ، فإن كانت العين باقية فيستردها إلى ملكه ، وإن كانت تالفة فيطالبه بالمثل أو القيمة .

ثم إنّ المناط في أنّ الخيار يدخل في أيّ عقد أو إيقاع هو شمول الاطلاقات والعمومات للعقد مع اشتراط الخيار ، فكل عقد أو إيقاع شمله عموم أو إطلاق مع فرض اشتراط الخيار فيه يصح اشتراط الخيار فيه إلّا فيما إذا كان اشتراط الخيار منافياً لمقتضى العقد أو الايقاع عند العقلاء وهذا كما في اشتراط الخيار في الابراء أو العتق أو الطلاق ونحوها ، لأنها كما عرفت لا تجامع اشتراط الخيار ، والحرية عندهم لا يعقل أن تكون موقتة بحيث يرجع رقاً عند فسخ العتق ، فإنه بهذا الاشتراط لا يشمله عموم ولا إطلاق ، وكذا في الموارد التي علمنا بردع الشارع عن ذلك الاشتراط فيه كالنكاح فإنه بهذا الاشتراط لا يشمله عموم ولا إطلاق ، وأمّا في غير هذه الموارد إذا اشترط الخيار في ضمن عقد أو إيقاع فلا محالة تشمل العقد المشروط بالخيار عمومات تلك المعاملة وإطلاقاتها ، ومعنى ذلك أنّ العقد مع هذا الاشتراط الذي مرجعه إلى توقيت المنشأ إلى زمان الفسخ صحيح وممضى عند الشارع ، وحينئذ يتمكن المشروط له من الفسخ وإذا فسخ يؤثّر في ارتفاع الملكية والمعاقدة كما عرفت .

ثم إنّك قد عرفت أنّ الملكية عند اشتراط الخيار موقتة إلى وقت الفسخ ، وبه ترتفع الملكية لا محالة ، كما أنّها ترتفع بالتلف إذ لا معنى لاعتبار الملكية في التالف فلو فسخ البائع قبل تلف المبيع فهو ، فيرجع المبيع إليه وهو متمكن من الفسخ قبل التلف ، لأنه معنى اشتراط الخيار ، كما أنه متمكن من الفسخ بعد التلف فرجع إلى

مثله أو قيمته ، والكلام الآن في وجه ذلك وأنه لماذا يتمكن من الفسخ بعد التلف مع أنّ العين غير موجودة[١] والوجه في ذلك أنّ كل عقد اشترط فيه شرط لا محالة يكون معلّقاً عليه ، وغاية الأمر أنّ المعلّق هو الالتزام والمعلّق عليه أيضاً هو التزام المشروط عليه بالشرط ، وربما يكون المعلّق عليه التزام المشروط عليه بأمر واحد كالبيع بشرط التزام المشتري بكون حل العقد بيد البائع ، وكذلك فيما إذا كان الشرط خارجاً عن تحت الاختيار بحيث لا يمكن له الالتزام به فيرجع إلى اشتراط الخيار بمعنى كون حل العقد بيد البائع .

وأُخرى يكون المعلّق عليه التزامان وأمران أحدهما الالتزام بالخياطة الذي هو المدلول المطابقي للكلام ، وثانيهما التزام الطرف على أن يكون حلّ العقد بيد البائع ، وهذا يستفاد من اشتراطه الخياطة على المشتري بالدلالة الالتزامية ، فترى أنه يبيع ماله بنصف قيمته معلّقاً على التزامه بها أي بالخياطة مثلاً ، ويكون حل العقد بيد البائع ، وإلّا فلا داعي له ولا غرض عقلائي في بيع ماله بنصف ثمنه ، فليس هذا إلّا من جهة تعليق البيع على التزام المشتري بأن يكون حل العقد بيد البائع .

وكيف كان ، فهذا الاشتراط والتعليق أمر غير مستنكر عند العقلاء ولا مانع عندهم من اشتراط أن يكون حل العقد بيد البائع وهو ظاهر ، وعليه فيشمل **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** هذا العقد بجميع شرائطه من أوّلها إلى آخرها ، لأنه عقد بهذه الوتيرة فيشمله **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** بهذين الشرطين ، وعليه فيكون اشتراط الخيار في العقود

---

(١) الغرض من هذا البيان هو العدول عمّا تقدّم من تقسيم المعاملات إلى معلّقة على الالتزام وغير معلّقة عليه ، والبناء على أنّ جميع العقود معلّقة إمّا على التزام واحد وإمّا على التزامين ، وهذا هو المطلب الآخر الذي بنى عليه سيدنا الأُستاذ (دام ظلّه) بعد ما كرّر النظر وقرّبه بنحوين متقدّمين ، فلا تغفل .

على طبق القاعدة ومما يقتضيه نفس عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وحينئذ فيمكن أن يقال بجواز اشتراط الخيار في جميع العقود ، لما عرفت من أنه على وفق القاعدة وهو لا يحتاج إلى دليل ، وبهذا يكون حل العقد بيده قبل التلف أو بعده ، لما مرّ من أنّ التلف لا يوجب إلّا ارتفاع الملكية فقط ، وأمّا المعاقدة فقد ذكرنا أنها لا ترتفع بالتلف فيتمكن البائع من رفع اليد عن المعاقدة بعد التلف ، وبذلك يرجع إلى بدله من المثل أو القيمة .

بقي الكلام في العقود والايقاعات الخارجة عن جواز اشتراط الخيار فيها وقد ذكرنا أنّ الابراء والطلاق والعتق خارجة عن ذلك ، وكذا النكاح والوقف لاعتبار التأبيد فيه كما مرّ ، وكذلك الصدقة لأنّ الروايات والآية(١) قد دلّت على أنّ آخذها هو الله تعالى ويعتبر فيها القربة وما كان لله فلا رجوع فيه ، هذا .

وربما يقال كما في بعض الحواشي بأنّ ما ذكره شيخنا الأنصاري في الصدقة(٢) من عدم جواز الاشتراط فيها لاعتبار قصد القربة فيها وأنّ ما كان لله فلا رجوع فيه ، يناقض ما أفاده في الوقف ردّاً على من علّل عدم جواز اشتراط الخيار فيه بأنه أمر قربي وما كان لله لا يرجع فيه ، من أنّ الكبرى ممنوعة يعني أنه لا وجه لعدم الرجوع فيما كان لله ولا دليل على أنّ ما كان لله لا رجوع فيه ، وهذان الكلامان متناقضان ، هذا .

ونحن أيضاً ذكرنا هناك أنه لا دليل على تلك الكبرى كما أنه لا دليل على اعتبار قصد القربة في الوقف . ولا يخفى عليك أنّ الكلامين غير متناقضين ، والوجه في ذلك أنّ المراد بما كان لله ليس هو كل عقد قصد فيه القربة ، وإلّا فلازم هذا أن لا

---

(١) الوسائل ٩ : ٤٣٣ / أبواب الصدقة ب٢٩ ، سورة التوبة ٩ : ١٠٤ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٥٣ .

يجوز اشتراط الخيار في إجارة الدار للزوّار فيما إذا قصد بالاجارة القربة أو في بيع دار لسيد أو مؤمن قربة إلى الله تعالى ، مع أنهما مما لا إشكال في جواز اشتراط الخيار فيها ، بل لو قلنا بوجود معاملات مستحبّة بنفسها في الشريعة المقدّسة للزم عدم جواز اشتراط الخيار فيها لأنها مما قصد به القربة ، نعم قد استشكلنا في وجود المعاملة المستحبّة وقلنا بأنه لا معاملة مستحبّة لنا في الشريعة ، وإنما الموجود نفس الأُمور المستحبّة كالرعي لا المعاملة عليها ، فراجع أوائل المكاسب المحرّمة(١).

وكيف كان ، فليس المراد من قوله (عليه السلام) « ما كان لله » هو كل أمر قصد به القربة ، بل المراد أنّ ما هو راجع إلى الله في حد نفسه لا يرجع فيه ، والصدقة أمر راجع إليه لأنه الآخذ لها كما دلّت عليه الروايات ، وهذا هو الذي لا رجوع فيه وأين الوقف من ذلك لأنه تمليك للبطون أو غيرها من الموقوف عليهم غاية الأمر أنه أمر قصد به القربة فلا تغفل .

وأمّا الوصية فلا معنى لاشتراط الخيار فيها ، لأنها عقد أو إيقاع جائز من طرف الموصي ما دامت الحياة بلا حاجة إلى اشتراط الخيار ، فلو أراد الخيار بعد موته فهو كما ترى أمر غير ممكن ، نعم لا مانع من أن يشترط الخيار لورثته ويكون الورثة بعد موته متمكنين من الفسخ . والظاهر أنّ هذا مما لا مانع عنه وتشمله أدلّة الوصية . نعم هناك استبعاد محض وهو أنّ الورثة لو فسخوا الوصية فالمال لا ينتقل إليهم ابتداءً بل لابدّ من أن ينتقل إلى المورّث الميت ثم بعده ينتقل إلى الورثة مع أنّ المورّث ميت فكيف يملك المال حتى ينتقل منه إلى ورثته ، إلّا أنه كما ذكرنا استبعاد محض ولا مانع من أن يدخل المال في ملك المورّث بعد موته ثم بعد ذلك ينتقل منه إلى ورثته .

---

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٤٠ .

وأمّا الهبة اللازمة كالهبة للزوجة أو لذي القرابة فالظاهر أنه لا مانع من اشتراط الخيار فيها .

وأمّا الضمان فربما يقال بجواز اشتراط الخيار فيه ، وببالي أنّ السيد في العروة[١] أيضاً ذهب إلى الجواز .

والصحيح أنّ الضمان لا يقبل اشتراط الخيار ، وذلك لأنّ الضمان على مسلكنا معاشر الشيعة نقل ذمة إلى ذمة اُخرى ، وبه تبرأ ذمة المديون وتنتقل الذمة إلى الضامن ، وعليه فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، لما مر من أنّ ذمة المديون قد برأت بانتقالها إلى الضامن ، فارجاع ذمته واشتغالها ثانياً بعد صيرورتها مبرأة يحتاج إلى دليل ، لأنّ الابراء الموقت مما يستنكره العقلاء كما ذكرناه في الابراء ، بل المقام هو هو بعينه .

وأمّا الصلح فهو على قسمين : لأنّ المصالحة تارةً تقع على متاركة الدعوى والنزاع في مورد المخاصمة ، وهذا مما لا مانع من أن يدخله شرط الخيار بأن تكون المصالحة موقتة بوقت فسخها فإذا فسخت تعود المخاصمة لا محالة .

وأمّا ما يقال من أنّ الصلح تقطع المنازعة ، وهو لا يجتمع مع جعل الخيار لعودها بالفسخ وهو نقص للغرض ، فلم نفهم حقيقته ، إذ البيع أيضاً كذلك لأنه للتمليك وجعل الخيار فيه نقض لهذا الغرض ، وحل ذلك أنّ الغرض ربما يتعلّق بقطع المنازعة أو الملكية على نحو الاطلاق ، وربما يتعلّق بهما في قطعة خاصة من الزمان ، وحينئذ فلا يكون اشتراط الخيار فيهما مناقضاً للغرض .

واُخرى تقع المصالحة على ترك الدعوى حيث إنّ لكل مسلم ومؤمن حق الدعوى على غيره ، ومطالبته بما يدّعيه ولو من غير منازعة بينهما قبل ذلك ، ولذا

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٥٣٩ المسألة ٥ [٣٥٧٢] من أحكام الضمان .

أي لأجل ذلك الحق يأمر الحاكم بحضور المدّعى عليه، وللمدّعي حق الاحلاف على المدّعى عليه، وليس له الاستنكاف من الحضور ولو بدعوى أنّي لا أعرفه، فإنّ الحاكم يجبره على الحضور، فإن قامت عنده البيّنة على مدّعاه فهو وإلّا فله أن يستحلفه عليه، فإذا تصالحا على أن لا يعمل الآخر هذا الحق ولا يدّعي عليه فهو مما لا يدخله شرط الخيار لأنه نظير إبراء الطرف عن حق الدعوى وبعد إبرائه لا يمكن فيه الرجوع، لأنّ الابراء لا يقبل الرجوع كما مرّ.

وأمّا الرهن فقد يقال بعدم دخول شرط الخيار فيه، لأنه وثيقة للدين بمعنى كون المرتهن على اطمئنان من دينه وجعل الخيار فيه منافٍ للاطمئنان.

وفيه: أنّ الرهن ليس بهذا المعنى بل الوثيقة بمعنى المربوطة بالدين والمعقودة به، ومنه قوله تعالى: ﴿فَشُدُّوا الْوَثَاقَ﴾[1] والوثوق بمعنى الربط والعقد ومن هنا يطلق عليه الاعتقاد أيضاً أي عقد شيء بشيء. فالرهن وثيقة أي مربوط بالدين فلذا لا يصح للراهن أن يتصرف فيه لشدّه بالدين وربطه به، وعليه فلا مانع من اشتراط الخيار وأخذ العين المرهونة، لأنه حينئذٍ يصير من الدين المطلق بعد ما كان من الدين المشدود والمربوط، والدين المطلق أمر صحيح.

وكيف كان، فشرط الخيار لا مانع من أن يدخل في كل عقد أو إيقاع لم يرد نصّ على عدم جواز اشتراطه بالخيار كما في النكاح، ولم يكن مما يستنكره العقلاء كما في الابراء والعتق وغيرهما من العدميات، وفي غير ذلك لا يحتاج جواز هذا الاشتراط إلى دليل، بل هو على وفق القاعدة فيحكم بجوازه ما لم يرد دليل على خلافه، هذا.

---

(١) محمّد ٤٧: ٤.

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أفاد عند التعرّض لدخول الخيار في القسمة أنّ هذا الخيار أعني خيار الشرط إنما يختص بالعقود والمعاملات اللفظية ولا يجري في المعاملات الفعلية كالمعاطاة من جهة أنّ الاشتراط اللفظي لا يرتبط بالعمل الخارجي وهو المعاطاة ، ومن هنا قال بعدم جريانه في القسمة الفعلية وإنما يجري في القسمة اللفظية فراجع ، هذا .

ولكنه مما لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأنّ الخيار كما عرفت أمر قلبي بأي معنى فسّرناه ، فسواء قلنا بأنه تحديد للملكية المنشأة أو قلنا إنه التزام في ضمن التزام أو قلنا إنه أمر آخر ، فهو فعل قلبي كما أنّ المعاملات أُمور اعتبارية ومن الأفعال النفسية ، ولا إشكال في ارتباط أحدهما بالآخر لأنّ كليهما من أفعال النفس ومن الأُمور القائمة بها ، نعم تارةً يكون المبرز لهذا الأمر النفساني هو اللفظ وأُخرى هو العمل ، والربط إنما يعتبر في المبرزين بالفتح لا بين المبرزين بالكسر ، وقد عرفت أنّ المبرزين مما لا إشكال في ارتباطهما .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٥٥ .

الكلام في خيار الغبن

وهو بالسكون في البيع وبالحركة في غيره[1]، وقد تسالم الأصحاب على هذا الخيار وذكروا أنّ المشتري إذا كان مغبوناً أو كان البائع مغبوناً يثبت له الخيار في فسخ العقد وإمضائه ، هذا .

وقد قيّدوا ثبوت هذا الخيار بأُمور :

منها : أنّ قيمة المبيع لابدّ وأن تلاحظ بجميع قيوده وشروطه لا بقيمة نفسه مجرداً ، فإنّ للشروط والقيود مدخلية في قيمة المال ، وهذا كما إذا باع شيئاً واشترط في ضمنه عملاً كالخياطة مثلاً ، فإنّ الشيء بهذا الشرط قيمته أقل منه فيما إذا بيع بلا هذا الاشتراط . وكذا إذا باع شيئاً واشترط في ضمنه الخيار لنفسه فإنّ هذا الاشتراط يوجب نقص القيمة لا محالة . وكيف كان فلابدّ من ملاحظة المبيع بجميع قيوده وشروطه ، فإذا كانت قيمته بلحاظ متعلّقاته مساوية للقيمة السوقية فهو وإن زادت عليها فللمشتري الخيار كما أنها إذا نقصت يكون الخيار للبائع ، وليس المناط في زيادة القيمة أو نقيصتها ملاحظة قيمة ذات المبيع بلا ملاحظة متعلّقاته ، وهذا ظاهر .

ومنها : أن يكون المغبون جاهلاً بالقيمة ، وأمّا مع علمه بالحال وإقدامه عليه

---

(١) كما ذكره الصحاح [٦ : ٢١٧٢] مادّة « غبن » .

فلا يصدق عليه الغبن كما سيجيء ، وأمّا علم الغابن فهو لا يشترط في ثبوت الخيار وذلك لأنّ الغبن وإن كان بمعنى الخديعة وهي لا تتحقّق عند جهل الغابن بالحال ، إلّا أنّا لا نخصّص الخيار بهذه الصورة ، بل نلتزم به ولو مع جهل الغابن بل مع كونه معتقداً مراعاة المشتري بتخفيض قيمة المبيع ، وسيأتي الوجه في ذلك عن قريب إن شاء الله تعالى .

ومنها : أن يكون التفاوت بين القيمتين مما لا يتسامح به عادة ، وأمّا التفاوت اليسير المتسامح به عرفاً كما لا يخلو سوق من الأسواق التي رأيناها عن ذلك حيث إنّ المشاهد اختلاف قيم الأجناس فهو لا يوجب الخيار ، هذا .

ثم إنّ ثبوت هذا الخيار عند الأصحاب بالقيود المتقدّمة مما لا إشكال فيه وعن العلّامة[1] نسبته إلى الاجماع كما حكي عن غيره . نعم حكي عن المحقق (قدّس سرّه)[2] إنكار هذا الخيار في بحثه كما حكي عن الاسكافي[3] أيضاً ، وعليه فيقع الكلام في مدرك هذا الخيار مع أنه مما لم يرد عليه نصّ بخصوصه فنقول :

قد استدلّ عليه العلّامة (قدّس سرّه) بقوله تعالى **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** الآية[4] بتقريب أنّ المشتري إنما رضي بالمعاملة والمبادلة على تقدير عدم زيادة القيمة عن القيمة السوقية ، فكأنه قيّد المعاملة بتساوي القيمتين ، إلّا أنّ هذا القيد والشرط لمّا لم يكن من أركان المعاملة فلا جرم لم يوجب انتفاؤه انتفاء المعاملة رأساً ، وإنما أوجب تخلّفه الخيار نظير تخلّف سائر الأوصاف غير المقوّمة للمعاملة هذا .

---

(١) التذكرة ١١ : ٦٨ .

(٢) ، (٣) حكاه الشهيد في الدروس ٣ : ٢٧٥ .

(٤) النساء ٤ : ٢٩ .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بوجهين :

أحدهما : أنّ كون الثمن مساوياً للقيمة السوقية وعدم زيادته عنها ليس من قبيل العناوين والأوصاف الموجب تخلّفها الخيار ، بل هو من قبيل الدواعي للمعاملة ، وتخلّف الدواعي لا يوجب شيئاً من البطلان والخيار ، بل تساوي الثمن ربما لا يكون داعياً أيضاً كما إذا كان المقصود تحصيل المبيع بأيّ ثمن اتّفق من دون ملاحظة مقدار ماليته نظير ما إذا كان غرضه شراء الدواء بأية قيمة اتّفقت .

وثانيهما : أنّا لو سلّمنا أنّ تساوي الثمن للقيمة السوقية من الأوصاف والشروط التي يوجب تخلّفها الخيار نقول إنّ مطلق الاشتراط لا يترتّب عليه الخيار ، بل إنما يثبت ذلك فيما إذا ذكر الشرط في متن العقد ، وبما أنّ هذا الاشتراط لم يذكر في ضمن العقد فلا يترتب على تخلّفه الخيار ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) هو الصحيح وأنّ مدرك خيار الغبن هو الاشتراط ، وإن كان الاستدلال على ذلك بالآية المباركة غير تام وتوضيح ذلك : أنّ العقلاء إنما يبدّلون أموالهم بحسب الحاجات الداعية إلى التبديل مع التحفّظ على مقدار مالية الأموال ، في غير الموارد التي علمنا فيها بعدم التحفّظ على المالية وإرادته المبيع بأيّ ثمن اتّفق كما في المثال المتقدّم ، وذلك لأنّ العاقل لا يبدّل أزيد من مقدار مالية المبيع للبائع ، فلا يشتري ما لا يسوى بدينار بخمسة دنانير لمنافاته العقل ، ومثله لا ينبغي أن يعدّ من العقلاء ، وإنما العقلاء يبدّلون أموالهم مع التحفّظ على مالية أموالهم ، وعليه فالعقلاء يشترطون في معاملاتهم التساوي بين الثمن والمثمن بحسب المالية ، إلّا أنّ كون الثمن كذا وعدم زيادته على القيمة السوقية ليس من الأُمور والأوصاف المقوّمة للمبيع بحيث عند انتفائها ينتفي البيع ، بل إنما هو من

---

(١) المكاسب ٥ : ١٥٩ .

الأوصاف التي يوجب تخلّفها الخيار ، وحينئذ فما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) هو الصحيح .

وأمّا ما أورده عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أوّلاً بأنّ عدم زيادة الثمن من الدواعي لا من قبيل الأوصاف ، فيندفع بأنّ عدم زيادة كل من الثمن والمثمن في المالية على الآخر إنما هو من الشروط الثابتة عند العقلاء ، لأنّ العاقل لا يقدم على معاملة شيء بشيء إلّا بهذا الاشتراط ، فلا يكون عدم الزيادة من الدواعي بل هو من الأوصاف والشرائط هذا أوّلاً .

وثانياً : ما معنى أنّ عدم زيادة الثمن عن القيمة السوقية من الدواعي فإنه بظاهره لا يرجع إلى محصّل ، إذ الداعي هو ما يوجب تصوّره ووجوده الذهني التحريك والانبعاث نحو العمل حتى يترتّب عليه ذلك الأمر المتصور ، فالدواعي بوجودها الذهني متقدمة على العمل وبوجودها الخارجي متأخرة عنه ومترتبة عليه ، فإذا اشترى دهناً وأُرزاً لأجل ضيف نزل به ثم بعد ما اشتراهما ذهب عنه الضيف ولم يصل إلى غرضه ، فمثله لا يوجب الخيار لأنه من تخلّف الدواعي وتخلّفها لا يوجب الخيار ، وهذا المعنى لا نتعقّله في مثل عدم زيادة الثمن عن القيمة السوقية فما معنى أنّ تصور عدم الزيادة أوجب حركته وانبعاثه نحو المعاملة حتى يترتّب عليها عدم زيادة الثمن عن القيمة السوقية ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا ما أورده عليه ثانياً من أنّ الشرط إذا لم يذكر في ضمن العقد لا يجب الوفاء به ، ففيه : أنّ اشتراط كونه مذكوراً في ضمن العقد لم يرد في لسان دليل ، وإنما اعتبروه تحقيقاً لمعنى الشرط لأنه بلا طرفيه غير متحقق ولا يصدق الشرط فيما إذا لم يقع في ضمن شيء ، وكون الشرط في ضمنه تارةً يكون بذكره في ضمنه وأُخرى بقيام القرينة المتصلة عليه ، وما نحن فيه من الثاني لأنّ هذا الاشتراط أمر ارتكازي عند العقلاء ، وهذا الارتكاز كالقرينة الحالية المتصلة بالعقد وهو يكفي في كونه

مذكوراً وواقعاً في ضمن المعاملة وهذا ممّا سلّمه شيخنا الأنصاري في موارد متعدّدة منها : موارد تعذّر تسليم الثمن وموارد دفع المبيع وتسليمه في غير بلد العقد فإنه لم يرد دليل على أنّ الثمن إذا تعذّر تسليمه إلى البائع يتمكن البائع من فسخ المعاملة كما أنّهما لم يشترطا هذا الخيار في ضمن المعاملة، مع أنه مما لا إشكال في ثبوت الخيار له عند عدم دفع الثمن ، وكذا إذا باعه حنطة في بلدة وأراد أن يسلّمها ويدفعها في بلدة أُخرى هي فيها رخيصة وكثيرة فإنّ للمشتري حينئذ الخيار لاشتراط دفعه في البلد الذي وقع فيه العقد ارتكازاً لا في البلد الآخر ، مع أنّ هذين الاشتراطين الموجب تخلّفهما الخيار لم يذكرا في ضمن المعاملة ، وليس هذا إلّا من جهة أنّ الارتكاز بمنزلة القرينة المتصلة وهو يكفي في ثبوته في ضمن المعاملة .

فالمتحصّل : أنّ ما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) هو الصحيح ، وأنّ عدم زيادة الثمن عن القيمة السوقية من جهة الاشتراط الضمني الارتكازي ، ولكن لا بمعنى أنه مقوّم للبيع والمعاملة ، بل بنحو يوجب تخلّفه الخيار كما مرّ .

نعم ، إنما يثبت هذا الخيار فيما إذا ظهر التفاوت بمقدار كثير لا يتسامح في مثله عادةً ، وأمّا إذا كان التفاوت يسيراً على وجه يتسامح فيه عادةً فلا يثبت في مثله الخيار ، وهذا أي التفاوت اليسير كما ذكرناه لا تخلو الأسواق عنه بل في سوق واحد ترى التفاوت بين أهله كما تقدم ، وفي أمثال ذلك لا يثبت الخيار .

كما أنّ هذا الخيار إنما يثبت في صورة جهل المغبون بالتساوي وعدمه بمعنى عدم علمه بالقيمة السوقية ، وأمّا إذا كان عالماً بالتفاوت وملتفتاً إلى القيمة السوقية ومع ذلك أقدم على الشراء بثمن زائد عن القيمة السوقية فاقدامه ذلك مع العلم بالحال بمنزلة عدم اشتراط التساوي فلا يثبت في حقه الخيار ، وعليه فما ذهب إليه المشهور من اختصاص هذا الخيار بما إذا كان المغبون جاهلاً هو الصحيح ، لعدم الاشتراط فيما إذا أقدم على الزيادة عالماً بالحال ، هذا .

ثم إنه استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه أُخر منها قوله تعالى : **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾**(١) وتقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة على وجهين :

أحدهما : ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) وملخّصه : أنّ للبيع مع الخدعة صور ثلاث ، الأُولى : البيع قبل انكشاف الغبن وقبل الرضا به . الثانية : البيع بعد انكشاف الغبن وبعد عدم الرضا به . الثالثة : البيع بعد انكشاف الغبن مع الرضا به .

أمّا الصورة الأخيرة : أعني البيع فيما إذا انكشف الغبن ولكن المغبون رضي بغبنه ، فلا إشكال في صحته وعدم كون ذلك من الأكل بالباطل لغرض رضاه بالغبن فهي صحيحة ولو بالأولوية المستفادة مما دل على صحة بيع المكره فيما إذا رضي به بعد الاكراه .

وأمّا الصورة الثانية : فهي من أكل المال بالباطل ، إذ المفروض عدم رضا المغبون بالغبن ، فتكون المعاملة حينئذ مصداقاً للأكل بالباطل وهو حرام وفاسد .

وأمّا الصورة الأُولى : فلازم ما ذكرناه في الصورة الثانية وإن كان هو بطلانها أيضاً ، لأنّ مقتضى قوله تعالى **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾** هو عدم جواز أكل أموال الناس بغير رضى منهم ، والمفروض في الصورة الأُولى عدم رضا المغبون لعدم علمه بالحال ، ومع عدم الرضا لا تكون المعاملة صحيحة ومن التجارة عن تراضٍ فلا محالة تقع فاسدة ، إلّا أنّا خرجنا عن مقتضى الآية المباركة في الصورة الأُولى بالاجماع القائم على صحة المعاملة قبل انكشاف الغبن وقبل رضا المغبون هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في تقريب الاستدلال بالآية المباركة .

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٥٩ .

ويرد عليه وجوه :

الأول : أنّ لازم هذا الكلام أن تكون المعاملة الغبنية باطلة من غير حاجة في رفعها إلى الفسخ ، إذ المفروض أنّها أكل للمال بالباطل فلا يحتاج في رفعها إلى الفسخ مع أنهم لا يلتزمون بالبطلان قبل فسخها .

الثاني : أنّ خروج الصورة الأُولى بالاجماع ليس من جهة إجماع تعبّدي قام على صحتها مع كونها من الأكل بالباطل ، فإنّ الآية آبية عن التخصيص ، بل صحتها من جهة التخصّص وعدم كونها من قبيل أكل المال بالباطل لا أنه منه ، إلّا أنّا خرجنا عن بطلانها بالاجماع .

الثالث : أنّ البيع في الصورة الثانية ليس من الأكل بالباطل ، وذلك لأنّ معنى الآية كما تقدم أنه لا تأكلوا أموال الناس بوجه من الوجوه وبسبب من الأسباب إلّا بالتجارة عن تراض ، وحينئذ فتكون المعاملة عن تراض مبايناً وقسيماً لأكل المال بالباطل وفي مقابله لا من قبيل الفرد والقسم للأكل بالباطل .

وعليه فنقول : إذا كانت المعاملة قبل انكشاف الغبن معاملة صحيحة وكانت مع التراضي أيضاً لفرض أنه جاهل بالغبن وجهله به هو الذي بعثه على المعاملة عن الرضا ، وبالجملة كانت المعاملة قبل انكشاف الغبن تجارة عن تراض فكيف تنقلب هذه المعاملة الواقعة عن الرضا إلى أكل المال بالباطل بعد انكشاف الغبن وذلك لما عرفت من أنهما متقابلان فما يكون مصداقاً لأحدهما كيف يكون منقلباً إلى الآخر ومصداقاً له ، وهذا ظاهر .

الوجه الثاني في تقريب الاستدلال بالآية المباركة : ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] من أنّ المراد بالتجارة في الآية المباركة ليس هو التجارة بالمعنى

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٠٨ ـ ١٠٩ .

المصدري ، بل المراد بها المعنى الحاصل من المصدر الذي له بقاء ، وهذه التجارة التي لها بقاء يعتبر أن تكون مورداً للرضا بحسب الحدوث والبقاء ، وعليه فإذا انكشف الحال ولم يكن المغبون راضياً بالمعاملة الغبنية فلا محالة تقع المعاملة باطلة ، لأنها بحسب الحدوث وإن كانت متعلّقة للرضا إلّا أنها بحسب البقاء خارجة عن الرضا فتكون داخلة في الأكل بالباطل ، نعم لو كان راضياً بها بعد الانكشاف فلا محالة تكون المعاملة مصداقاً للتجارة عن تراض وتشملها الآية الشريفة من غير حاجة إلى الاستدلال بما ورد في صحة البيع الصادر عن الاكراه .

وهذا الوجه أيضاً يلحق بالوجه السابق في أنه لا يرجع إلى محصّل ، وذلك أمّا أوّلاً فلأنّ لازمه كما أشرنا إليه آنفاً بطلان المعاملة بمجرد انكشاف الغبن مع عدم الرضا من غير حاجة وتوقف على الفسخ ، مع أنهم لا يلتزمون بالبطلان قبل فسخها .

وأمّا ثانياً : فلأنّ المعتبر في صحة المعاملات هو تعلّق الرضا بها بحسب الحدوث فقط سواء تعلّق بها الرضا بحسب البقاء أيضاً أم لم يتعلّق ، وهذا كما إذا باع ثم ارتفعت القيمة السوقية فندم البائع ولم يرض بالتجارة بقاءً ، فإنّ المعاملة صحيحة حينئذ بلا إشكال ، ولم يقم دليل على اعتبار الرضا بالمعاملات بحسب البقاء أيضاً ولعلّه ظاهر . فالانصاف أنّ الآية لا دلالة لها على خيار الغبن بوجه .

ومن جملة ما استدل به على ثبوت الخيار في المقام ما ورد[1] من إثبات النبي (صلّى الله عليه وآله) الخيار للركبان عند تلقيهم فيما إذا وردوا السوق ورأوا اختلاف القيمة السوقية وزيادتها على الثمن الذي باعوا به ، فإنّ هذا الخيار ليس إلّا من أجل غبنهم .

---

(١) صحيح مسلم ٣ : ١١٥٧ / ١٧ ، مسند أحمد ٣ : ٢٦٩ / ٩٩٥١ .

وفيه : ما أشرنا إليه في كراهة تلقّي الركبان من أنّ هذا إنما نقل بطريق العامة وليست منه في مجاميعنا عين ولا أثر ، فلا يمكننا الاعتماد عليه حتى على تقدير القول بانجبار ضعف الروايات بعمل المشهور على طبقها ، وذلك لأنه لم يثبت كونها رواية حتى تنجبر بعمل المشهور .

ومن الوجوه التي استدل بها على ثبوت خيار الغبن هو قاعدة نفي الضرر وقد عدّه شيخنا الأنصاري[١] من أقوى ما يتمسك به في إثبات خيار الغبن بتقريب أنّ لزوم المعاملات الغبنية حكم يوجب تضرّر المغبون فهو مرتفع ، فإذا ارتفع اللزوم فيثبت الخيار إذ لا واسطة بينهما .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وصاحب الكفاية (قدّس سرّه)[٢] بوجهين[٣] أحدهما : وهو ما أورده صاحب الكفاية (قدّس سرّه) من أنّ حديث نفي الضرر على تقدير جريانه في المقام فغاية ما يترتّب عليه هو نفي اللزوم في المعاملة ، وأمّا إثبات الخيار بحيث يقبل الاسقاط وينتقل إلى الورثة بالموت وغيرهما من أحكام الخيار فلا ، لأنّ نفي اللزوم أعم من الخيار لامكان نفي اللزوم بالحكم بجواز المعاملة جوازاً حكمياً غير قابل للاسقاط ولا الانتقال إلى الورثة بالموت . وبالجملة : أنّ غاية ما يثبت بحديث نفي الضرر هو رفع اليد عن اللزوم وعن وجوب الوفاء بالعقود وأمّا إثبات الخيار فلا ، هذا .

وفيه : أنّا ذكرنا سابقاً أنه لا فرق بين الجواز الحقي والحكمي بحسب الذات وإنما هما من سنخ الأحكام ، ولكنها على قسمين فبعضها مما اختياره بيد المكلّف من

---

(١) المكاسب ٥ : ١٦١ .

(٢) حاشية المكاسب (الآخوند) : ١٨٣ .

(٣) [سيأتي وجه ثالث عن المحقق النائيني (قدّس سرّه)] .

حيث إسقاطه وبعضها الآخر ليس راجعاً إليه ، فإذا فرضنا شمول حديث نفي الضرر للمقام وقلنا إنّ لزوم المعاملة ضرري فهو مرتفع بالحديث ، فلا محالة يثبت بذلك الجواز أعني كون العقد قابلاً للفسخ ، وهذا المقدار من الجواز أي قبول العقد للفسخ هو الذي يمكن أن يتكفّله حديث نفي الضرر ، إذ بهذا المقدار يرتفع الضرر لا محالة ومعه لا يثبت به أمر زائد ، فلذا سيأتي أنّ المدرك في خيار الغبن لو كان هو حديث نفي الضرر ، فلا محالة يكون الخيار فورياً بمعنى أنه إنما يثبت الخيار في مقدار من الزمان الذي يتمكن فيه من الفسخ ، إذ بهذا المقدار من الخيار يرتفع الضرر فلا يثبت له الخيار بأزيد من هذا المقدار .

وكيف كان ، فالمقدار الثابت في المقام بحديث نفي الضرر عدم لزوم العقد وقبوله الفسخ ، وأمّا الأزيد من ذلك فلا ، وعليه فلا يمكننا إثبات الالزام بهذا الجواز بالحديث بأن نقول إنّ الحديث يثبت الجواز الحكمي أي الجواز اللازم وعدم قبوله الاسقاط ، وذلك لأنه أمر خارج عمّا يرتفع به الضرر ، لما مر من أنه إنما يرتفع بنفس قبول العقد للفسخ وأمّا كون الجواز لزومياً فلا ، بل لا يمكن أن يتكفّله الحديث لأنه على خلاف الامتنان ، وأيّ امتنان في إلزام المغبون بالبقاء على الجواز وعدم تمكّنه من إسقاطه ، فبذلك نقول إنّ الثابت بحديث نفي الضرر جواز العقد وقبوله الفسخ من دون إلزام بهذا الجواز ، فبما أنّ الجواز ليس إلزامياً فله إسقاطه ورفع اليد عنه فإذا جاز له رفع اليد عنه فتجوز المصالحة عليه في مقابل شيء بأن يرفع اليد عن الجواز بكذا مقدار من المال ، وأمّا انتقاله إلى الورثة فهو لا يثبت بهذا الحديث ، لأنه إنما يقتضي الجواز بالاضافة إلى المغبون لتضرّره بلزوم المعاملة ، وأمّا الورثة المتلقّون للملك من مورّثهم فلا يتوجه عليهم ضرر بلزوم هذه المعاملة ، غاية الأمر أنّ منفعتهم تقل بذلك ، إذ لولا تلك المعاملة لكان المال المنتقل إليهم بمقدار ألف دينار ، وأمّا مع لزوم تلك المعاملة فالمال المنتقل إليهم خمسمائة دينار .

وبالجملة : أنّ الورثة لا يتضررون بلزوم المعاملة بل تقل منفعتهم ، فلابدّ في تصحيح الانتقال إلى الورثة فيما إذا علم المغبون بالغبن فأراد أن يفسخ المعاملة فمات أو لم يلتفت المغبون إلى الغبن أصلاً فمات وعلم به الورثة وأرادوا فسخ المعاملة من إقامة دليل آخر ، فيمكن أن يقال إنّ الوجه في انتقال الجواز من المغبون إلى ورثته هو ما استفدناه من بعض الروايات الواردة في الوصية من أنّ الورثة وجود تنزيلي للمورّث وأنهم هو بعينه ، غاية الأمر أنّ صورته تبدّلت إلى صورة أُخرى ، فممّا دلّ على ذلك ما ورد(١) في عدم جواز الوصية بأزيد من مقدار الثلث معلّلاً بأنه تضييع للورثة وظلم في حقّهم ، ومن الظاهر أنه لولا اتّحاد الورثة مع المورّث لما كان لهذا النهي وجه ، لأنه إنما يتصرف في مال نفسه وهو أجنبي عن ورثته ، فهذه الرواية دلّت على أنّ الورثة وجود تنزيلي للمورّث ، وحينئذ فإذا ثبت للمورّث جواز فسخ المعاملة من جهة تضرره فلا محالة يثبت ذلك في حق ورثته أيضاً لاتحادهما وكون أحدهما وجوداً تنزيلياً للآخر ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّ البائع إذا باع ماله وصرّح بأنه لا يلتزم بتساوي القيمتين وإنما يبيع ماله بهذا الثمن المعيّن زاد أو نقص لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم والمشتري أيضاً أقدم على المعاملة المذكورة جاهلاً بالتساوي وعدمه ثم ظهر زيادة القيمة عن القيمة السوقية ، ففي هذه الصورة لا إشكال في عدم ثبوت الخيار للمغبون لتصريح البائع باسقاطه وقبول المشتري إيّاه ، وهو نظير ما إذا كان المشتري عالماً بزيادة القيمة عن القيمة السوقية فلا محالة يلتزم صاحب الكفاية في هذه الصورة بعدم الخيار لأنه إسقاط للخيار ، وعلى مسلكنا إسقاط لاشتراط تساوي القيمتين ومرجعه إلى إسقاط الخيار وهذا لا إشكال فيه ، فإذا صح إسقاط جواز الفسخ قبل

(١) الوسائل ١٩ : ٢٦٧ / كتاب الوصايا ب٨.

المعاملة وقبل ظهور الغبن فلا محالة يصح إسقاطه بعد ثبوته بالمعاملة وظهور الغبن فمنه يستكشف أنّ هذا الجواز جواز حقي لا حكمي ، لما عرفت من أنّ مرجعه إلى إسقاط الاشتراط وإسقاط الخيار ، هذا كلّه فيما أفاده صاحب الكفاية والجواب عنه .

ثم إنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) أجاب عن جريان قاعدة نفي الضرر في المقام بما ملخّصه : أنّا إن أثبتنا الخيار في الغبن بالاشتراط الضمني بين العقلاء كما أشرنا إليه سابقاً وقلنا إنّ العقلاء إنما يتبادلون باشتراط التساوي بين الثمن والمثمن بحسب المالية ، فحينئذ يمكن أن يقال إنّ لزوم المعاملة في حقه ضرري لأنه على خلاف شرطه ، وإلزامه على خلاف ما اشترطه موجب للضرر ، إلّا أنّ المدرك حينئذ هو ذلك الاشتراط الضمني دون حديث نفي الضرر .

وأمّا إذا لم نعتمد في إثبات الخيار على الاشتراط الضمني كما لم يعتمد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وقلنا بأنّ التساوي من قبيل الدواعي للبيع ، فحينئذ فلا يبقى مجال للتمسك بحديث نفي الضرر في المقام ، لأنه إنما ينتفي الضرر الناشئ من قبل الحكم الشرعي نظير وجوب الوضوء الموجب لتضرّر أحد ، وأمّا الضرر الناشئ من إقدامه بنفسه فلا ، والضرر في المقام إنما نشأ من إقدامه على المعاملة بذلك الثمن ولو كان إقدامه عن جهل إلّا أنه أقدم على تلك المعاملة الضررية باختياره والشارع أمضى ما أقدم عليه ، وليس الضرر فيها مستنداً إلى حكم الشارع وإلزامه بل مستند إلى إقدامه باختياره ، نعم لو كان الضرر مستنداً إلى حكم الشارع كما في إلزامه بالوضوء فلا محالة يرتفع بحديث نفي الضرر .

وبالجملة : أنّ الضرر إنما يرتفع فيما إذا كان علّته هو الحكم الشرعي أو كان الحكم الشرعي هو الجزء الأخير من علّة التضرّر ، والمقام ليس من هذا القبيل لأنّ

---

(١) منية الطالب ٣ : ١١١ ـ ١١٢ .

المفروض أنّ العلّة التامة لتضرره هو إقدامه على المعاملة جهلاً ، والشارع لم يلزمه بذلك قبل إقدامه ، وإنما أمضى إقدامه بعد ما صدر منه بنفسه واختياره ، ثم نظّر المقام بباب الاتلافات والضمانات وأنه إذا أتلف أحد مال غيره جهلاً بتخيل أنه مال نفسه ثم تبيّن أنه للغير أفهل يمكن أن يقال إنّ مقتضى حديث نفي الضرر عدم ضمانه لما أتلفه لأنّ ضمانه أمر ضرري ، والوجه في عدم إمكان ذلك هو أنّ الضمان وإن كان أمراً ضررياً على المتلف إلّا أنه أمر قد أقدم عليه باختياره وإن كان جاهلاً والشارع حكم على طبق ذلك الاقدام ، وفي المقام أيضاً الضرر مستند إلى إقدام نفسه على المعاملة وغير مستند إلى إلزام الشارع وحكمه ، هذه خلاصة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولا يخفى ما فيه ، أمّا في تنظيره فلما أسلفناه في محلّه[1] من أنّ باب الاتلافات والضمانات خارجة عن حديث نفي الضرر ، لأنّ رفع الضمان فيها على خلاف الامتنان على مالك المال ، ومعه لا مجال لحديث نفي الضرر .

وبعبارة أُخرى : أنّ كلاً من حكم الشارع بالضمان وعدم حكمه به على خلاف الامتنان وموجب للتضرّر لا محالة ، لأنّ حكمه بالضمان على خلاف الامتنان للمتلف وموجب لتضرره ، كما أنّ عدم حكمه بالضمان على خلاف الامتنان للمالك وموجب لضرره ، وبما أنّ الشارع لابدّ له من أحد الحكمين فلذا لا يشمله حديث نفي الضرر ، بل ولا حديث رفع الاكراه ورفع الاضطرار والنسيان ، لأنّ جريانها في موارد الاتلافات على خلاف الامتنان ، على كلام في خصوص رفع الاكراه فإنّ رفع الضمان بالاكراه لا يكون على خلاف الامتنان للمالك من جهة الحكم بضمان المكره

---

(١) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٦٢٥ ذيل التنبيه الثالث من تنبيهات لا ضرر .

بالكسر للمال وإلزامه بدفعه إليه ، وهذا يرفع عدم الامتنان في خصوص مورد الاكراه ، وهذا بخلاف المقام لأنّ جريان حديث نفي الضرر ليس على خلاف الامتنان بل على وفقه بالاضافة إلى المغبون ، وأمّا بالاضافة إلى الغابن فهو موجب لعدم انتفاعه لا لتضرّره .

وأمّا ما أفاده من أنّ الضرر مستند إلى إقدامه ، ففيه : أنه إنما يصح فيما إذا أقدم عليه مع العلم بالغبن ، فإنه حينئذ نظير الهبة إقدام على ما فيه الضرر والحديث لا يشمله كما لا يشمل الهبة مع أنها أيضاً ضرر وموجب للنقص في المالية ، وأمّا مع الجهل بالحال فهو إنما أقدم على المعاملة باحراز عدم الضرر وباعتقاد التساوي بين القيمتين ، وهذا نظير ما إذا اعتمد على إخبار مخبر بالتساوي فأقدم عليه . وبالجملة أنّ إقدامه مبني على تخيّل عدم الضرر ، وعليه فهو إنما أقدم على المعاملة لا على الضرر فلا يكون إقدامه ذلك موجباً وعلّة لضرره فيكون ضرره مستنداً إلى حكم الشارع باللزوم ، هذا كلّه فيما أجاب به شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) .

ثانيهما : ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من أنّ انتفاء الضرر في المعاملات الغبنية لا يختص ولا ينحصر بجعل الخيار للمغبون ، بل يمكن رفع الضرر بأحد وجهين آخرين :

أحدهما : أن يكون المقام نظير بيع المريض إذا باع شيئاً في مرضه بأقل من قيمته أو اشترى شيئاً بأزيد من قيمته فمات ، فإنّ وارثه يطالب المشتري في الصورة الأُولى أو البائع في الصورة الثانية بعين المقدار الزائد عن القيمة السوقية فيقال في المقام إنّ المغبون له أن يطالب الغابن بالمقدار الزائد عن القيمة السوقية من عين الثمن المدفوع وبذلك يرتفع ضرره بلا حاجة إلى جعل الخيار في حقه ، وهذا أيضاً نظير ما

---

(١) لاحظ المكاسب ٥ : ١٦١ .

ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في بيع المرابحة فيما إذا ظهر كذب البائع في إخباره برأس ماله كما إذا أخبر بأنّ رأس ماله هو عشرة دنانير وباعه بالمرابحة في كل عشرة دنانير بدينار فصار مجموع الربح ورأس المال أحد عشر ديناراً ، ثم ظهر كذب البائع وعلمنا أنّ رأس ماله خمسة دنانير ، فللمشتري مطالبة البائع بنصف مجموع الربح ورأس المال فيسترجع خمسة دنانير ونصفاً .

وثانيهما : أن يدفع ضرر المغبون بالحكم بتغريم الغابن بالمقدار الزائد عن القيمة السوقية ، والفرق بين هذا وبين الوجه السابق أنّ الغرامة بمقدار الزائد عن القيمة السوقية لا يلزم أن تكون من عين الثمن المدفوع ، وهذا بخلاف الصورة الاُولى فإنّ الرجوع فيها إنما هو في المقدار الزائد عن نفس الثمن المدفوع .

وكيف كان ، فالضرر يمكن اندفاعه بأحد الوجهين المذكورين كما يمكن اندفاعه بجعل الخيار ، إلّا أنه (قدّس سرّه) رجّح الوجهين على هذا الوجه الثالث أعني جعل الخيار من جهة أنّ إثبات الخيار بحديث نفي الضرر غير صحيح ، لأنه على خلاف الامتنان بالاضافة إلى الغابن ، لتعلّق غرض الناس بأبدال أموالهم وأعواضها ، فإذا جعلنا للمغبون الخيار وبه فسخ العقد واسترجع المال المنتقل إلى الغابن فهذا يوجب نقض الغرض للغابن حيث إنّ غرضه تعلّق بما انتقل إليه ، ونقض الغرض ضرر وعلى خلاف الامتنان ، وهذا بخلاف الوجهين السابقين ، ولأجل ذلك احتمل أن يكون الخيار مختصاً بصورة امتناع الغابن من البذل أي بذل الغرامة أو بذل المقدار الزائد ، وعلى هذا يمنع عن جريان استصحاب الخيار من جهة احتمال أنّ الخيار من الأول مضيّق ومختص بتلك الصورة ، ومعه لا يبقى مجال للاستصحاب هذه خلاصة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

إلّا أنّ للمناقشة فيما أفاده مجالاً ، **أمّا الوجه الأول** من الوجهين ففيه : أنّ حديث نفي الضرر إنما يرفع الأحكام التي يترتب عليها الضرر ، ولكنه لا يشرّع

حكماً آخر على خلاف القواعد الفقهية ، وذلك لأنّ المعاملة وقعت بين مجموع الثمن ومجموع المثمن فإذا صحت تلك المعاملة وأُمضيت فالمعاملة في مجموعهما صحيحة ونافذة ، وإن لم تمض تلك المعاملة فالمعاملة الواقعة بين مجموع الثمن والمثمن باطلة وأمّا أنّها صحيحة بمعنى وقوع مجموع المثمن في مقابل بعض الثمن فهو مما لا أساس له ، لأنّ هذه المعاملة أعني مبادلة مجموع المثمن ببعض الثمن مما لم ينشئها المتعاملان حتى يمضيها الشارع ، فلو أمضاها الشارع فهو إمضاء لما لم يصدر من المتعاملين ولم ينشئاها أصلاً فكيف يمكن أن يقال إنّ حديث نفي الضرر يوجب إمضاء معاملة لم ينشئها المتعاملان وليس لهما اطّلاع عليها .

ثم لا يخفى أنّا لا نقول إنّ المعاملة الواحدة لا تنحل إلى أجزائها ولا تكون صحيحة في بعضها وفاسدة في بعضها الآخر ، فإنّ ذلك مما صرّحنا به مراراً وقلنا إنّ المعاملة الواحدة تنحل إلى معاملتين لو كان لها جزءان ، وإن كان لها أجزاء متعدّدة فتنحل إلى معاملات متعددة ، فإذا باع ما يملك وما لا يملك أو ما يُملك وما لا يُملك فتنحل المعاملة إلى بيعين فتصح في أحدهما وتبطل في الآخر ، إلّا أنها إذا بطلت يرجع ما يقابله من الثمن إلى المشتري كما يرجع بعض المثمن إلى البائع ، وليس معناه أنّ المعاملة تقع في مقابلة مجموع الثمن وبعض المثمن فإنه أمر لم ينشئه أحد ، وفي المقام لا تبطل المعاملة في نصفها بأن يرجع نصف المبيع إلى ملك البائع ونصف الثمن إلى ملك المشتري ، بل يخرج نصف الثمن مثلاً عن ملك البائع ويُدفع إلى المشتري بلا إخراج مقابله من المثمن عن ملك المشتري ، وعليه فيكون مجموع المثمن في مقابل بعض الثمن وهذا هو الذي ندّعي مخالفته للقواعد الفقهية وأنه مما لا يثبته نفي الضرر ، لأنها معاملة جديدة لم يطّلع عليها المتعاملان .

وأمّا شراء المريض بأكثر من القيمة السوقية فلو سلّمنا أنّ الورثة يتمكنون من إرجاع المقدار الزائد عن القيمة السوقية من البائع فهو حكم تعبّدي وقع في

مورد . وأمّا مسألة كذب البائع في المرابحة بالإخبار عن رأس ماله فهي يمكن أن تكون على طبق القاعدة ، وذلك لأنّ المعاملة وقعت فيها على عنوان رأس المال الواقعي ، ولكنه من باب الخطأ في التطبيق طبّقه على الزائد ، فإذا انكشف الخلاف فهو لا يوجب بطلان المعاملة بل يسترد المقدار الزائد تحصيلاً لذلك العنوان الواقعي ، وليس الأمر كذلك في المقام ، لأنّ البيع وقع على مجموع الدينارين في مقابل مجموع المثمن فكيف يمكن فيها الحكم بعدم صحة تلك المعاملة وصحة البيع في خصوص نصف الثمن ومجموع المثمن ، فلو أراد تنظير المقام بتلك المسألة لكان عليه أن يقول : إذا باع ماله بعنوان القيمة السوقية واقعاً وطبّقها على دينارين ثم انكشف أنها دينار واحد فلا إشكال في صحة المعاملة واسترداد الزائد .

وأمّا الوجه الثاني من الوجهين فيدفعه : أنّ تغريم الغابن بلا وجه ، فبأيّ دليل نغرمه ، أبدليل الاتلاف أو بدليل اليد أو بغيرهما من الأسباب الموجبة للضمان والغرامة ، فلا طريق شرعي لتغريمه حتى نسمّيها بالغرامة خوفاً من أن تكون من الهبة المجانية ، ومن هنا أي من جهة عدم اشتغال ذمة الغابن بشيء وعدم قيام دليل على ضمانه ذهب فخر المحققين(١) وجماعة ومنهم شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) إلى أنها هبة مجانية من الغابن وقد أصرّوا عليه ، ونعم ما صنعوه إذ قد عرفت أنّ ذمة الغابن غير مشتغلة بشيء ، ومما يؤيد ذلك : أنّ المغبون لو لم يلتفت إلى غبنه أو لم يطالب الغابن بتلك الغرامة أفهل تكون ذمة الغابن مشغولة ويكون ضامناً للزيادة بحسب الواقع .

فالانصاف أنّ رفع الضرر بهذين الوجهين وإن كان ممكناً إلّا أنهما لا صحة

---

(١) الايضاح ١ : ٤٨٥ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١١٤ .

لهما كما عرفت ، فالمتعيّن على تقدير جريان حديث نفي الضرر في المقام هو الحكم بجواز فسخ المعاملة بدعوى أنّ الحديث يوجب رفع وجوب الوفاء بالعقد .

ولكن الصحيح كما ذكرناه في الدورة المتقدمة أنّ المقام مما لا يجري فيه حديث نفي الضرر ، لأنه على تقدير جريانه يوجب بطلان المعاملة رأساً لا أنه يرفع لزومها ، وذلك لأنّ الموجب للضرر هو صحة المعاملة لا لزومها ، بل لزومها إلزام من الشارع بما فيه الضرر لا أنه بنفسه ضرري ، والوجه في ذلك أنّ المعاملة وقعت بين المثمن والثمن الرخيص ، فتلك المعاملة هي بنفسها أوجبت نقصان المال للمغبون فإنه بهذه المعاملة خرج عن كونه مالكاً لألف دينار وصار مالكاً لخمسمائة دينار ، فيكون إمضاء تلك المعاملة ضررياً فيرتفع بحديث الضرر فلا محالة تقع المعاملة فاسدة ، فإذا فرضنا أنه كان مالكاً لجوهر ثمين وقد باعه بدينار مع أنّ قيمته السوقية مائة دينار ، فهو بتلك المعاملة خسر تسعة وتسعين ديناراً فصحتها وإمضاؤها يكون ضررياً ، ولزوم تلكِ المعاملة إلزام بما فيه الضرر ، وليس في نفس الالزام ضرر بل نفس المعاملة موجبة لخسرانه وتضرّره وإن أمكنه تداركه بأخذ المقدار الناقص من المشتري الغابن ، إلّا أنّ حديث نفي الضرر يوجب رفع الأحكام الضررية ، وليس معناه تدارك الضرر كما بيّناه في محلّه ، وعليه فيوجب رفع صحة المعاملة الغبنية ، فتكون المعاملات المشتملة على الغبن فاسدة .

فالأمر يدور في المقام بين الالتزام ببطلان المعاملات الغبنية ، وبين عدم جريان حديث نفي الضرر والالتزام بثبوت الخيار لأجل الاشتراط الضمني كما تقدم ، ولكن لا يمكن الالتزام ببطلان المعاملات الغبنية باجراء حديث نفي الضرر إمّا للاجماع على صحة المعاملات المتضمّنة للغبن ، إذ لو كانت تلك المعاملات فاسدة لبان ذلك وظهر لكونها من الأُمور المبتلى بها دائماً حتى في زمن الأئمة (عليهم السلام) حيث كان المسلمون يتعاملون ويتغابنون بمرأى منهم ومسمع .

وإمّا من جهة عدم جريان حديث نفي الضرر في المعاملات الغبنية لأنه على خلاف الامتنان بالاضافة إلى الغابن ، إذ المفروض أنه يوجب فوت منفعته وهو خلاف الامتنان سيّما إذا لم يكن الغابن عالماً بزيادة القيمة السوقية أصلاً فإنه كيف يمكن إبطال معاملته ، ويشترط في جريان القاعدة أن لا يكون جريانها على خلاف الامتنان بالاضافة إلى أحد .

وبالجملة : إمّا ندّعي عدم بطلان المعاملات الغبنية لأجل التخصيص بالاجماع بأن نلتزم على أنها لا يجري فيه حديث نفي الضرر إلّا أنّا ندّعي المخصص لتلك القاعدة وهو الاجماع ، وإمّا ندّعي عدم بطلانها لأجل التخصص بدعوى عدم جريان الحديث في المعاملات الغبنية لأنه على خلاف الامتنان للغابن ، إذن فلابدّ من الالتزام بصحة المعاملات الغبنية مع الخيار من جهة الاشتراط الضمني بتساوي القيمتين .

فالمتحصّل : أنّ التمسك في إثبات الخيار بحديث لا ضرر مما لا وجه له .

ومن الوجوه التي يستدل بها على ثبوت خيار الغبن : الأخبار الواردة في حكم الغبن بمضمون « غبن المسترسل سحت »[(١)] أو « لا يغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحل »[(٢)] إلى غير ذلك من الأخبار التي نقلها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[(٣)].

ويمكن أن يقال : إنها كما لا دلالة لها على عدم جواز الغبن وضعاً إذ المفروض أنها مشتملة على النهي عن الغبن ولا دلالة فيها على بطلان الغبن بوجه ، كذلك لا دلالة لها على عدم جواز المعاملة الغبنية بأن تكون المعاملة الغبنية من المحرّمات في

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣١ / أبواب الخيار ب١٧ ح١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٨٥ / أبواب آداب التجارة ب٣ ح٧ .

(٣) المكاسب ٥ : ١٦٤ .

الشريعة المقدّسة ، وذلك لاحتمال أنّ المراد بالغبن هو الغبن بالفتح الذي هو بمعنى الخيانة في الرأي والمشاورة ، فتكون الأخبار ناظرة إلى بيان حرمة الخيانة عند الاستشارة بأن لا يغبن المسترسل ويريه ما هو ضارّ في حقّه فإنه خيانة ، فلا ظهور في تلك الروايات في النهي عن المعاملات الغبنية أبداً إلّا الرواية الأُولى مما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث إنها اشتملت على كلمة سحت ودلّت على أنّ « غبن المسترسل سحت »(١) وكلمة السحت ظاهرة في المعاملات التي يكون الثمن فيها حراماً ، ومنه إنّ ثمن الكلب سحت(٢) وفي بعض الروايات أُجور الفاجرة والرشاء في الحكم ونحوهما من السحت(٣) وكيف كان فلها ظهور في المعاملة التي يكون الثمن فيها سحتاً ، وعليه فلا يمكن حملها على الغبن بالفتح في الاستشارة كما حملنا غيرها من الأخبار عليها ، وظاهر تلك الرواية أنّ المعاملة المشتملة على الغبن سحت أي حرام شديد .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ المعاملات الغبنية لمّا لم تكن محرّمة على نحو الاطلاق في الشريعة المقدّسة ، فلذا يمكن تصحيح الرواية بحملها على صورة خاصة وهي ما إذا اطّلع عليه المغبون وردّ المعاملة المغبون فيها فحينئذ يمكن أن يقال إنّ المعاملة الغبنية سحت كما يمكن أن يقال إنّ المقدار الزائد عن القيمة السوقية من السحت فنحمل الرواية عليه ، أو نقول إنّ المراد بتلك الروايات هو أنّ الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على خديعته فهي تنظير وتشبيه ، هذا .

ولا يخفى عدم تمامية شيء من الوجهين الأخيرين اللذين ذكرهما شيخنا

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣١ / أبواب الخيار ب ١٧ ح ١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٩٤ / أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٧ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٩٣ / أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٥ .

الأنصاري (قدّس سرّه) كما أنّ نفس الاستدلال بالرواية في المقام مما لا وجه له وذلك لأنّ السحت ظاهر في الأموال المأخوذة في المعاملات على وجه الحرام كأُجرة الفاجرة وثمن الكلب والرشاء في الحكم وهكذا، وفي هذه الرواية أُطلق السحت على نفس الغبن مع أنه ليس من الأموال المحرّمة بل من الأفعال، ولا يصح إرادة الثمن من الغبن لعدم صحة استعمال الغبن في الثمن ولو مجازاً، ولم يطلق السحت على الثمن حتى يستظهر منها المعاملة الغبنية، فلا يمكن فيها إرادة المال الحرام من السحت، فيتعيّن أن يراد بالسحت مطلق الحرام مالاً كان أو فعلاً كما هو أحد معنيي السحت، وبهذا المعنى صح إطلاقه على الغبن، وعليه فتسقط الرواية عن الدلالة على حرمة المعاملات الغبنية لاحتمال إرادة الغبن بالفتح منها أي الخيانة في مقام الاستشارة فيكون حال هذه الرواية نظير سائر الروايات التي أسقطنا دلالتها على الحرمة التكليفية في المعاملات الغبنية باحتمال إرادة الغبن منها بالفتح.

بقي الكلام في مسائل

المسألة الأُولى : قد عرفت في أوائل البحث أنّ ثبوت هذا الخيار يتوقف على جهل المغبون بالقيمة السوقية ، فإذا كان غافلاً عن القيمة السوقية وغير ملتفت إليها أصلاً أو كان معتقداً عدم الزيادة فلا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار له ، بل هما المقدار المتيقن من موارد ثبوت خيار الغبن ، سواء كان المدرك في ذلك هو الاشتراط الضمني العقلائي كما ذكرناه ، أم كان المدرك حديث نفي الضرر وهو ظاهر لتخلّف الاشتراط الضمني وتضرره بالغبن ، ويلحق بالاعتقاد الاطمئنان العقلائي .

وأمّا إذا علم بالقيمة السوقية أو اطمأنّ بها ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا ينبغي الاشكال أيضاً في عدم ثبوت الخيار في هذه الصورة ، كان المدرك هو الاشتراط الضمني أم كان حديث نفي الضرر ، وذلك لأنّ مرجعه إلى إسقاط الخيار بمعنى عدم اشتراط التساوي بين القيمتين وإلى الاقدام على الضرر ، والحديث لا يشمله حينئذ لأنه على خلاف الامتنان ، إذ لا امتنان في إبطال معاملة قصدها المغبون باقدامه عليها ، وهذا أيضاً ظاهر .

وإنّما الكلام فيما إذا شك في القيمة السوقية أي في تساوي القيمتين أو ظنّ زيادة القيمة أو ظن نقيصتها بظن غير معتبر ، فهل يثبت له الخيار في هذه الصور فيما إذا كانت القيمة السوقية أكثر أو لا ؟

ربما يقدم على المعاملة مع الشك في القيمة السوقية بلا تعليق لالتزامه

بالمعاملة على التزام الطرف الآخر بالخيار على تقدير عدم التساوي بل يشتريه على نحو الاطلاق كانت القيمتان متساويتين أم لم تكونا بمعنى أنه راغب بهذه المعاملة مطلقاً كانت القيمتان متساويتين أم كانتا مختلفتين ، ففي هذه الصورة لا يثبت له الخيار ، لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ مرجع ذلك إلى إسقاط الخيار بمعنى عدم اشتراط التساوي حيث يثبت له الخيار على تقدير عدمه ، كان المدرك هو الاشتراط أم كان حديث نفي الضرر كما تقدم .

وأُخرى يقدم على المعاملة لا بالغاء الاشتراط بل بتعليق التزامه على التزام الطرف بالخيار على تقدير عدم التساوي كما هو معنى جعل الخيار ، فيكون إقدامه إقداماً على المعاملة بهذا الاشتراط لا بالغائه كما في الصورة المتقدمة ، وفي هذه الصورة لا وجه لسقوط خياره أصلاً .

ودعوى : أنّ الشاك في إقداماته يساوي العالم من حيث المدح واللوم ، فإنه إذا احتمل أن يكون الشبح المرئي إنساناً كما احتمل أن يكون غيره ومعه أطلق عليه البندقية فقتله ، أو ألقى شخصاً في ماء لا يعلم بعمقه مع عدم معرفة الطرف السباحة فغرق فإنّ العقلاء يلومونه على فعله ذلك وإن كان شاكاً في كون الشبح هو الانسان أو في عمق الماء بمقدار يوجب الغرق إلّا أنّ العقلاء يعاملونه معاملة العالم من حيث اللوم والذمّ ، فليكن الشاك في القيمة السوقية كالعالم بها من حيث عدم ثبوت الخيار له .

مدفوعة : بأنّ الشاك في الأمثلة المذكورة وغيرها من الأحكام الشرعية وإن كان مورداً للّوم والذم بل للعقاب ، إلّا أنه من جهة أنّ نفس الاحتمال في الأحكام الشرعية يوجب التنجيز ، فإذا شك في أنّ الشبح إنسان فيجب عليه الاحتياط فراراً عن الضرر المحتمل الواجب دفعه ، ومعه إذا أقدم عليه فلا يكون معذوراً في ذلك لوجوب الاحتياط عليه ، والمفروض أنّ المورد مما نعلم بعدم رضا

الشارع فيه باجراء البراءة أو الاستصحاب أو سائر الأُصول لايجابه الاحتياط فيه ، ومعه لا مرخّص له في ذلك فلا محالة يلام ويذم بل ويعاقب عليه .

وهذا لا يقاس بالمقام مما لا يكون الاحتمال فيه منجزاً مع فرض أنه أقدم على المعاملة بهذا الاشتراط العقلائي سيما مع العلم بحكم الغبن وأنّ حكمه هو الخيار ، فإنه كيف يمكن أن يقال إنه أقدم على إسقاط الخيار ، فالظاهر أنّ الشاك وكذا الظان يثبت لهما الخيار في هذه الصورة كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ولا يمكننا المساعدة على ما ذهب إليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] من عدم ثبوت الخيار للشاك .

ثم إنه إذا اعتقد زيادة القيمة السوقية بمقدار معلوم فأقدم عليها كما إذا اعتقد أنّ القيمة السوقية عشرة فاشتراه بعشرين بزيادة عشرة ، فإن كان ذلك مطابقاً للواقع أيضاً بأن كانت القيمة السوقية في الواقع هي العشرة فهو فلا خيار له كما مرّ وكذلك الحال فيما إذا ظهر أنّ القيمة السوقية أكثر من العشرة فإنه قد رضي بخسارة عشرة زائدة عن القيمة السوقية فكيف بما هو أقل منها ، كما إذا ظهر أنّ القيمة السوقية خمسة عشر فإنه حينئذ خسر خمسة مع أنه رضي بخسارة عشرة فالمعاملة صحيحة ولا خيار له ، وهذا كلّه ظاهر .

وأمّا إذا ظهر أنّ القيمة السوقية أقل مما اعتقده في المعاملة فلها أربعة صور وذلك لأنّ التفاوت بين الثمن وبين ما اعتقده من القيمة السوقية وأقدم على خسارته ربما يكون بمقدار يتسامح فيه عادةً ، وأُخرى لا يكون من المقدار المتسامح فيه ، كما أنّ الفرق بين القيمة السوقية وما اعتقده من القيمة ربما يكون بالمقدار

(١) المكاسب ٥ : ١٦٦ ـ ١٦٧ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١١٧ .

المتسامح فيه، وأُخرى لا يكون بمقدار يتسامح فيه عادةً، وهذه أربعة صور.

فإن كان التفاوت بين الثمن وما اعتقده من القيمة بمقدار يتسامح فيه كما إذا اعتقد أنّ القيمة السوقية تسعة فاشتراه بعشرة وكان التفاوت بين ما اعتقده من القيمة والقيمة السوقية بمقدار يتسامح به أيضاً كما إذا ظهر في المثال أنّ القيمة السوقية ثمانية، والفرق بينها وبين التسعة واحد وهو مورد للمسامحة، فلا إشكال في ثبوت الخيار في هذه الصورة، لأنه إنما أقدم على خسارة مقدار يتسامح فيه وقد ظهرت الخسارة بمقدار لا يتسامح به، لأنّ ما يتسامح به هو الواحد في العشرة وهو الذي قد أقدم عليه، وقد ظهر الفرق باثنين والاثنان في العشرة مما لا يتسامح فيه والواحد في حد نفسه وإن كان مورداً للمسامحة إلّا أنه لا يلاحظ وحده بل بضمه إلى الواحد الذي أقدم عليه ومجموعهما اثنان وهو مما لا يتسامح به، إذ لو لوحظ كل واحد واحد من الدراهم بمفرده فهو وإن كان مورداً للمسامحة إلّا أنه يوجب انتفاء الغبن مطلقاً حيث إنّ كل جزء من أجزائه مما يتسامح فيه حتى ينتهي إلى آخره.

وبعبارة أُخرى: أنّ المغبون إنما أقدم على خسارة الواحد بشرط لا، وقد ظهرت الخسارة بمقدار الواحد بشرط شيء وهي مما لم يقدم عليه فلا محالة يثبت له الخيار.

وإن كان التفاوت بين الثمن وما اعتقده من القيمة الذي قد أقدم على خسارته بمقدار يتسامح به عادة كما في المثال ولكن التفاوت بين ما اعتقده من القيمة والقيمة السوقية كان بأكثر مما يتسامح به كما إذا ظهر في المثال أنّ القيمة السوقية خمسة والفرق بينها وبين ما اعتقده أربعة وهي مما لا يتسامح به، ففي هذه الصورة أيضاً لا ينبغي الاشكال في ثبوت الخيار لأنه إنما أقدم على ما يتسامح به وهو الواحد في العشرة وقد ظهر التفاوت بما لا يتسامح به فيثبت له الخيار، وهذا ظاهر.

وأمّا إذا كان التفاوت بين الثمن وما اعتقده من القيمة أعني مقدار الخسارة

التي أقدم عليها مما لا يتسامح به كما إذا نزل به ضيف فاحتاج إلى شراء الثلج في وسط الليل ولم يوجد إلّا عند واحد فاشتراه منه كل كيلو بعشرين مع اعتقاد أنّ قيمته في السوق خمسة عشر فلساً فقد أقدم على خسارة خمسة في عشرين وهي مما لا يتسامح به ، وكان الفرق بين ما اعتقده وبين القيمة السوقية بمقدار لا يتسامح فيه كما إذا ظهر أنّ قيمة كل كيلو من الثلج في السوق عشرة ، والفرق بينها وبين ما اعتقده من القيمة خمسة وهي أكثر ممّا يتسامح فيه فقد ذكر شيخنا الأنصاري[1] وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّهما)[2] أنه يثبت له الخيار في هذه الصورة ، والصحيح هو ما ذكراه ، وذلك لأنه إنما أقدم على خسارة خمسة وقد ظهرت الخسارة عشرة ، فهي مما لم يقدم عليه وما أقدم عليه هو خسارة خمسة فلا محالة يثبت له الخيار ، ولا وجه لسقوط خياره أبداً لأنّ ما لم يقدم عليه بمقدار يوجب الخيار في حد نفسه ، إذ المفروض أنه بمقدار لا يتسامح به وهو موجب للخيار ، وهذا ظاهر .

وإذا كان التفاوت بين الثمن وما اعتقده من القيمة أي المقدار الذي أقدم على خسارته بمقدار لا يتسامح به كما في المثال المتقدم ، وكان الفرق بين القيمة السوقية وبين ما اعتقده من القيمة بمقدار يتسامح به عادة كما إذا ظهر أنّ كل كيلو من الثلج في السوق أربعة عشر فلساً ، والفرق بينها وبين ما اعتقده فلس واحد وهو مورد للمسامحة عرفاً ، فهل يثبت له الخيار أيضاً أو يسقط خياره ؟

ذهب شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[3] إلى سقوط الخيار لما أشرنا إليه في الصورة المتقدمة من أنّ المقدار غير المتسامح فيه هو ما أقدم عليه المغبون بنفسه وأمّا المقدار الزائد أعني الفلس الواحد فهو ليس بانفراده موجباً للخيار لأنه مما

(١) المكاسب ٥ : ١٦٧ .

(٢) ، (٣) منية الطالب ٣ : ١١٨ .

يتسامح فيه في العادة ، فما يثبت الخيار أعني ما لا يتسامح فيه فقد أقدم عليه وأما ما لم يقدم عليه فهو لا يثبت الخيار لأنه مما يتسامح فيه عادة .

وذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلى ثبوت الخيار في هذه الصورة أيضاً والحق معه ، وذلك لأنه وإن أقدم على ما لا يتسامح فيه إلّا أنّ له مراتب مختلفة والمفروض أنه أقدم على بعض مراتبه وهو الخمسة ولم يقدم على غيرها من المراتب كالستة ، والمفروض أنّ ما لا يتسامح فيه ظهر ستة وهي مما لم يقدم عليه فلا محالة يثبت له الخيار وهو ظاهر . فالمتحصّل أنّ في جميع الصور الأربعة يثبت له الخيار .

بقيت صورة خامسة وهي ما إذا كان ما أقدم عليه من الخسارة بمقدار يتسامح به ، وكان الفرق بين ما اعتقده وبين القيمة الواقعية أيضاً مما يتسامح فيه ، وكان المجموع مما أقدم عليه وممّا لم يقدم عليه أيضاً ممّا يتسامح فيه ، وهذا كما إذا اعتقد أنّ قيمة المبيع تسعة عشر فاشتراه بعشرين ثم ظهر أنّ قيمته السوقية ثمانية عشر ومجموع ما أقدم عليه من الخسارة وهو الفلس الواحد وما لم يقدم عليه من الفرق بين ما اعتقده والقيمة السوقية وهو الواحد أيضاً مما يتسامح فيه ، لأنّ الاثنين في العشرين مورد للمسامحة ، وفي هذه الصورة لا يثبت له الخيار لأنّ الخسارة ليست مما يوجب الخيار ، إلّا أنّ هذه الصورة خارجة عن محل الكلام .

الكلام فيما يعتبر من القيمة في خيار الغبن

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ العبرة بالقيمة حال المعاملة وأنها إذا لم تكن مساوية للقيمة المعاملية حين المعاملة فلا محالة يثبت له الخيار ، فلو زادت القيمة السوقية بعد المعاملة وتساوت مع القيمة المعاملية فلا تنفع ولا يوجب

(١) المكاسب ٥ : ١٦٧ .

سقوط الخيار ، ثمّ احتمل سقوطه فقوّاه من جهة تدارك الضرر قبل حصول القبض فهو حينما يقبض المال لا يتوجه عليه ضرر ، بل وكذلك الحال بعد القبض فيما إذا حصل التدارك بترقّ القيمة السوقية بعد القبض وقبل العلم بالغبن فإنه إذا علم بالحال يرى القيمة المعاملية مساوية للقيمة السوقية ، وكذلك فيما إذا حصلت الزيادة بعد العلم وقبل الرد ، والجامع أنه لا يتضرر ولا تكون القيمة المعاملية أكثر من القيمة السوقية .

وذكر (قدّس سرّه) أنّ الحال في العقود التي يتوقف فيها الملك على القبض أظهر من حيث عدم ثبوت الخيار ، وذلك لأنه يمكن أن يقال في الصورة الأُولى بأنّ الزيادة حصلت في ملك المغبون وهي غير مربوطة بتساوي القيمة المعاملية مع القيمة السوقية ، وأمّا في هذه الصورة فالمفروض أنه غير مالك للمال قبل قبضه وعند صيرورته ملكه ترقّت القيمة وحصل التساوي ، ولم يكن حصول الزيادة في ملكه بل في ملك مالكه الأول .

نعم ، بناء على ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في العقود التي يتوقف فيها الملك على القبض من أنّ الملك وإن لم يحصل فيها قبل القبض إلّا أنّ القبض فيها واجب بعد العقد ، وإيجاب القبض مع عدم تساوي القيمتين ضرري ، يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابل الناقص ، هذا .

ولا يخفى أنّ المدرك في خيار الغبن لو كان هو قاعدة نفي الضرر لكان لما أفاده (قدّس سرّه) في المقام مجال ، وذلك من جهة أنّ القيمة فيما إذا ترقّت بعد العقد أو بعد القبض بل وبعد العلم بالغبن أيضاً لا يتوجه على المغبون ضرر مالي ، لأنّ المفروض تساوي القيمتين حينذاك وليس هناك ضرر حتى يوجب ارتفاع اللزوم ، نعم لو كان فسخه قبل ترقّي القيمة لكان له مجال لأنّ المعاملة في حقه ضررية حينئذ ، وأمّا بعد حصول الزيادة فلا .

وبعبارة أُخرى : الأحكام الشرعية تابعة لتحقق موضوعاتها وتدور مدارها بحسب الحدوث والبقاء ، فما دام الضرر موجوداً على المغبون فحكمه وهو عدم لزوم المعاملة كان ثابتاً لتحقق موضوعه ، وأمّا إذا ارتفع الضرر فلا محالة يرتفع الخيار أيضاً لارتفاع موضوعه ، وليس الضرر موضوعاً له بحسب الحدوث إذ لا يحتمل أن يكون الضرر في بعض الأزمنة المتقدمة موجباً للخيار إلى يوم القيمة . وكيف كان فلما أفاده (قدّس سرّه) في المقام بناءً على أنّ المدرك هو قاعدة نفي الضرر وجه .

وأمّا بناءً على أنّ مدركه هو الاشتراط فلابدّ من ملاحظة أنّ الاشتراط تعلّق بأي شيء ، فهل الاشتراط تعلّق بتساوي القيمتين حين المعاملة فقط أو بتساويهما إلى الأبد ، فبحسب التصوير العقلي يمكن أن يكون متعلّق الاشتراط هو تساوي القيمتين إلى الأبد بحيث لو فرضنا القيمة أقل من القيمة السوقية أو أكثر منها في شيء من هذه الأزمنة يثبت للمغبون منهما خيار تخلّف الشرط ، ولازم ذلك أنه إذا كانت القيمتان متساويتين حال العقد ثم ارتفعت أو تنزّلت بعده فيثبت له الخيار لعدم تساوي القيمتين بعد العقد على الفرض ، كما أنه إذا كانت القيمتان مختلفتين حال العقد فيثبت له الخيار وإن تساوتا بعد المعاملة لعدم تساوي القيمتين حال المعاملة أيضاً ، وهذا ظاهر .

إلّا أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] نقل الاجماع في الفرع الآتي وهو ما إذا تبدّلت القيمة وترقّت أو تنزّلت بعد العقد مع كونهما متساويتين حين العقد على عدم ترتّب الأثر عليه وأنه لا يوجب الخيار له ، ولازم ذلك عدم الاعتناء بترقّي القيمة أو تنزّلها بعد تساويهما حال المعاملة ، ويمكن أن يكون متعلّق الاشتراط هو

(١) المكاسب ٥ : ١٦٨ .

التساوي حال القبض ولازمه عدم الخيار فيما إذا كانت القيمتان مختلفتين حال المعاملة ولكنّهما كانتا متساويتين حال القبض ، هذا .

والظاهر أنّ الاشتراط راجع إلى اشتراط التساوي بين القيمتين حين المبادلة ، لأنّ المتبادر العرفي من اشتراط التساوي هو أن تكون القيمتان عند المبادلة متساويتين لا بعدها إلى يوم القيامة ، لأنّ شأن الأموال هو الترقّي والتنزّل في كل وقت وآن فربّ تاجر يربح بعد تجارته وتاجر آخر يخسر ، وهذا راجع إلى الحظّ والنصيب ولا يتعلّق الاشتراط بتساويهما دائماً ، وعليه فإذا كانت القيمتان متساويتين وبعد المبادلة نزلت أو ترقّت لا يترتّب عليه أثر كما أنه إذا لم تكن القيمتان متساويتين حال المعاملة والمبادلة ثم حصل التساوي لا يوجب هذا رفع الخيار الثابت له حين المعاملة لتخلّف شرطه .

ثم إنّ الاجماع المدّعى على عدم الخيار فيما إذا ترقّت القيمة أو تنزّلت بعد العقد لو كان إجماعاً تعبّدياً فهو ولا كلام فيه ، إلّا أنّا نستبعد التعبّدية في الاجماع ولعلّه من جهة إنتفاء الضرر أو الاشتراط الضمني مع التساوي حين المعاملة ، وعليه فالجمع بينه وبين عدم ثبوت الخيار فيما إذا تساوت القيمتان بعد المعاملة وكانتا مختلفتين حينها من الجمع بين المتناقضين ، وذلك لما عرفت من أنّ الاشتراط راجع إلى اشتراط التساوي حين المعاملة ، ولازم ذلك ثبوت الخيار عند اختلاف القيمتين حال المبادلة ولو تساوت بعدها لتخلّف شرطه الضمني وهو اشتراط التساوي حين المعاملة ، وعليه فما معنى عدم ثبوت الخيار عند تساوي القيمتين بعد المعاملة ، وهذا بخلاف الصورة المدّعى عليها الاجماع لعدم تخلّف الشرط فيها ، إذ المفروض تساوي القيمتين فيها حال المعاملة ، فالجمع بينهما جمع بين متنافيين حتى بناءً على أنّ المدرك في ثبوت الخيار هو قاعدة نفي الضرر ، وذلك لأنّ الضرر وإن كان ينتفي عند تساوي القيمتين بعد المعاملة إلّا أنّ لازم ذلك ثبوت الخيار في الصورة المدّعى فيها

الاجماع على عدم الخيار لتضرّر المغبون باختلاف القيمتين بعد العقد بآن ، فما وجه سقوط الخيار حينئذ ، فالمسألتان من وادٍ واحد وإن كان يظهر من شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] الفرق بينهما . نعم لو كان الاجماع تعبّدياً لما كان في الجمع بينهما محذور ، إلّا أنّك عرفت البعد في كونه تعبّدياً ، لاحتمال أنّ مدركه هو الاشتراط الضمني أو قاعدة الضرر ونحوهما ، فراجع .

القول في ثبوت خيار الغبن عند علم الوكيل بالقيمة

الوكيل تارةً يكون وكيلاً في مجرد إنشاء الصيغة فقط ، ولا يعتبر في مثله العلم بالعوضين ولا بمقدارهما ولا بشيء آخر ، بل يبيع الأمر المعلوم بالأمر المعلوم وإن لم يعلم بهما بوجه ، ومثله لا يثبت له الخيار لأنه نظير الآلة للموكّل فكأنّ الموكّل يجري العقد بلسان غيره ، وعليه فالمناط بجهل الموكّل بالقيمة فإذا كان جاهلاً فيثبت له الخيار كما أنه إذا كان عالماً بها فلا يثبت في حقه كما مرّ .

وأُخرى يكون وكيلاً على نحو الاطلاق حتى في الفسخ والارجاع فيثبت الخيار للوكيل عند جهله بالقيمة ، وكذا فيما إذا كان وكيلاً في مجرد المعاملة فقط بلا وكالة له في فسخها وإرجاعها فإنه إذا كان جاهلاً بالقيمة يثبت الخيار ولكن لموكّله لا لنفسه ، وأمّا عند علمهما بالقيمة ومعرفتهما بالغبن فإن كانت وكالتهما شاملة لتلك الحالة أيضاً كما إذا وكّل أحداً في شراء شيء ولو مع علمه بالغبن فمعاملتهما صحيحة إلّا أنه لا خيار للموكّل في البين ، لأنه قد أسقط خياره بتوكيل الوكيل على نحو الاطلاق حتى في صورة علمه بالغبن ، وبالجملة أنّ علمه كعلم الموكّل بالغبن ومعه لا يثبت له الخيار .

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٢٢ .

وأمّا إذا كان الوكيل جاهلاً فقد عرفت ثبوت الخيار للموكّل إذا كان الوكيل وكيلاً في خصوص البيع فقط ، وللوكيل فيما إذا كان وكيلاً عاماً حتى في فسخ المعاملة أيضاً ، إلّا فيما إذا كان الوكيل وكيلاً في خصوص البيع وكان الموكّل عالماً ببيع وكيله جاهلاً بالقيمة وكونه مغبوناً في تلك المعاملة ، فإنه ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] فيها إلى عدم ثبوت الخيار للموكّل لعلمه بالغبن وعدم ردعه الوكيل ، فتقريره له لعدم ردعه موجب لسقوط خياره ، هذا .

وقد خالفه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] وذهب إلى عدم سقوط خيار الموكّل في هذا الحال سيّما إذا كان عالماً بحكم الغبن وأنه يوجب الخيار له ، والحق معه (قدّس سرّه) لأنّ المدرك إذا كان هو الاشتراط الضمني فلفرض أنّ الوكيل بجهله اشترط التساوي بين القيمتين فلا محالة يثبت للموكّل الخيار ولو مع علم الموكّل بأنّ وكيله قد اشترط الخيار والتساوي بين القيمتين ، لأنّ علم شخص آخر باشتراط البائع الوكيل لا يمنع عن ثبوت الخيار له عند تخلّف شرطه ، كما أنّ الحال كذلك فيما إذا كان المدرك هو قاعدة نفي الضرر لأنّ علمه بالحال لا يوجب إقدامه على الضرر مع علمه بثبوت الخيار له عند معاملة الوكيل ، لتمكّنه من الفسخ بعدها على تقدير كونها ضررية ، وبالجملة أنّ تقريره لعلّه من جهة تمكّنه من الفسخ بعد المعاملة .

القول في الاختلاف بين الغابن والمغبون

إذا ثبت جهل المغبون وزيادة القيمة عن القيمة السوقية حال المعاملة بطريق

---

(١) المكاسب ٥ : ١٦٨ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٢٣ .

شرعي أو باعتراف الغابن فلا كلام .

وأمّا إذا لم يثبت الأمران بشيء من الاعتراف والطريق الشرعي واختلف الغابن والمغبون فادّعى المغبون الخيار وأنكره الغابن فهذا يتصوّر على وجهين :

أحدهما : أن يختلفا في أصل زيادة القيمة عن القيمة السوقية حال المعاملة فادّعى المغبون ذلك وأنكره الغابن بدعوى أنّ القيمة كانت متساوية للقيمة السوقية حال المعاملة وإنما حصلت الزيادة بعد المعاملة فلا غبن ، أو بدعوى أنّ الزيادة كانت قبل المعاملة ولكنّهما حين المعاملة كانتا متساويتين ، وكيف كان فيختلفان في أصل حصول الغبن وعدمه .

وثانيهما : أن يتفقا في أصل الغبن ويعترفا بزيادة القيمة عن القيمة السوقية حين المعاملة إلّا أنّ الغابن ادّعى علم المغبون بالحال وينكره المغبون ويدّعي جهله بالزيادة ، وهناك وجه ثالث للاختلاف لعلّنا نشير إليه بعد ذلك إن شاء الله تعالى .

أمّا إذا اتّفقا على حصول الغبن واختلفا في علم المغبون وجهله فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في تصوير كون المغبون منكراً حينئذ وجهاً ، ثم ذكر وجهاً ثانياً وجعله مدّعياً ومع ذلك قدّم قوله مع اليمين .

أمّا ما ذكره أوّلاً فملخّصه : أنّ موضوع الخيار مركب من أمرين أحدهما البيع بالزيادة عن القيمة السوقية وهذا حاصل بالوجدان حسب الفرض ، وثانيهما عدم علم المغبون بالزيادة وهذا يمكن تحصيله باستصحاب عدمه وبه يتم كلا جزأي الموضوع ، وحيث إنّ قول المغبون مطابق للأصل فيكون منكراً ويقدّم قوله مع اليمين ، وهذا الأصل أعني استصحاب عدم العلم حاكم على أصالة اللزوم في المعاملة لأنه أصل موضوعي ينقّح الخيار ، هذا ما أفاده في الوجه الأول .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٦٩ .

وأمّا الوجه الثاني : فقد ذكر فيه أنه إذا بنينا على عدم جريان استصحاب عدم العلم وقلنا إنّ المغبون مدّع للخيار ، فلا محيص من تقديم قوله على قول الغابن أيضاً مع اليمين ، وذلك لأنّ إقامة البيّنة على جهله غير متيسّرة فدعواه مما لا يمكن إثباته بها ولا يعلم إلّا من قبله ، وفي مثله لا مناص من تقديم قوله مع اليمين ، ولا يمكن مطالبته بالبيّنة ، إذ لا يمكن إقامتها على الأُمور القائمة بنفس المدّعي التي لا تعرف إلّا من قبله ، كما لا يمكن إحلاف الغابن على علم المغبون بالحال ، لأنّ الغابن كالبيّنة لا يمكن أن يكون عالماً بالأوصاف القائمة بنفس المدّعي ، إذ كيف يعرف الغابن أنّ المغبون عالم بالحال فيما أنه جاهل بعلم المغبون فلا يصح حلفه عليه ، فلا طريق إلّا الأخذ بقول ذلك المدّعي مع اليمين ، هذا ملخّص ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الوجهين .

وللمناقشة فيما أفاده فيهما مجال واسع ، أمّا فيما ذكره في الوجه الثاني فلوضوح إمكان العلم بعلم شخص آخر أو بجهله ، وهذا كعلم كل أحد بجهلنا بقيمة الفرش والجواهر ، مضافاً إلى أنه لا دليل على قبول قول المدّعي فيما إذا لم يمكن إقامة البيّنة على دعواه ، وإلّا فلازمه قبول دعوى مدّعي الفساد فيما إذا عقد في محل خال عن الناس بحيث لا يمكنه إقامة البيّنة عليه .

وأمّا ما أفاده من عدم إحلاف الغابن على علم المغبون من أجل عدم علم الغابن بعلم المغبون أو بجهله ، ففيه : أنه لا مانع من أن يكون أحد الصديقين أو المعاشرين عالماً بعلم الآخر أو بجهله بالحال ، فلا محذور في إحلاف الغابن على علم المغبون . وكيف كان فما أفاده في الوجه الثاني ممنوع بحسب الصغرى والكبرى كما عرفت .

وأمّا ما أفاده في الوجه الأول ، ففيه : أنّ الأولى أن يعبّر بعدم الاقدام بدلاً عن عدم العلم ، وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ العلم وعدمه ليسا موضوعين للأثر

في ذلك الخيار ، وإنما الأثر مترتّب على عدم إقدام المغبون على الضرر وإقدامه عليه ، وتوضيح ذلك : أنّ المقتضي لخيار الغبن إنما هو الاشتراط الارتكازي بعدم الزيادة عن القيمة السوقية ، ومقتضى ذلك ثبوت الخيار للمغبون مطلقاً كان ملتفتاً لهذا الاشتراط أم كان غافلاً عنه ، وذلك لأنه معنى كونه ارتكازياً ، ومرجعه إلى أنه لو التفت لاشترط ، فاشتراطه ذلك موجود في خزانة نفسه ، ولازمه ثبوت الخيار له مطلقاً ، ولا يمنع عن ذلك إلّا إقدام المغبون على الضرر فإنه حينئذ يرفع ذلك الاشتراط الضمني الارتكازي ويمنع عن ثبوت الخيار ، فإذا شككنا في أنّ المغبون أقدم على الضرر أم لم يقدم عليه ، فمقتضى استصحاب عدمه أنه لم يقدم على الضرر وبهذا الاستصحاب نثبت الخيار ، لأنّ صدور المعاملة وكونها غبنية مورد للاتّفاق والجزء الآخر وهو عدم المانع يثبت بالأصل فيترتّب عليه أثره وهو الخيار ، ولا معنى لاستصحاب عدم العلم لأنه ليس موضوعاً للأثر ، نعم العلم من مبادئ الاقدام ومقدّماته لا أنه بنفسه يترتّب عليه الأثر ، هذا .

كما يمكن أن يقال : إنّ المعاملة مع عدم ثبوت الاقدام على الضرر محكومة بالخيار عند العقلاء وقد أمضاها الشارع فلا حاجة للأصل ، هذا كلّه فيما إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة .

وأمّا إذا كان من أهل الاطلاع والخبرة بالقيمة السوقية فلا يمكن قبول دعواه الجهل بالقيمة ، وذلك لما ثبت في محلّه من أنّ من شرائط صحة الدعوى أن تكون عقلائية ، ومن الضروري أنّ دعوى أهل الاطّلاع عدم الاطّلاع على القيمة مناقض للفرض ، أعني فرض كونه من أهل الاطّلاع فلا تكون دعوى عقلائية ، نعم لو ادّعى غفلته عن القيمة السوقية وزيادتها فهي دعوى عقلائية لامكان الغفلة من غير المعصوم (عليه السلام) إلّا أنها دعوى على خلاف الأصل ، إذ الأصل عدم الغفلة وبهذا ننفي الغفلة فنحكم بعدم الخيار ، هذا .

وربما يقال : بأنّ الوجه في عدم قبول قوله إنّما هو تقديم الظاهر على الأصل وكونه مدّعياً لمخالفة دعواه للظاهر ، إلّا أنه ليس كل مدّع محتاجاً إلى إقامة البيّنة بل ربما يقبل قوله مع اليمين كما إذا تعسّر عليه إقامة البيّنة على مدّعاه ، لأنه ممّا لا يعرف إلّا من قبله ، وبتلك الجهة لا مانع من تقديم قوله مع اليمين لتعسّر إقامة البيّنة على غفلته ، هذا .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري(١) بوجه فيه خلط ، وذلك لأنّ في المقام أمران : أحدهما كبرى قبول قول كل مدّع يتعسّر عليه إقامة البيّنة على مدّعاه . وهذه الكبرى هي التي ناقشناها سابقاً ، وأورد عليها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ الكبرى غير مسلّمة ، لأنّ لازمها قبول قول مدّعي الفساد فيما إذا أوقع العقد في برّ أو بحر خالٍ عن الناس . وثانيهما : كبرى قبول قول كل من لا يعرف ذلك القول إلّا من قبله ، وهذه الكبرى غير الكبرى المتقدمة لأنّ معناها أنّ كل قول بطبعه لا يمكن معرفته إلّا من قبل قائله ومدّعيه لابدّ من قبوله ، لا كل ما تعسّر إقامة البيّنة عليه في مورد مع إمكان إقامتها عليه بطبعه وفي حدّ نفسه إلّا أنه لما وقع في مكان خالٍ عن الناس اتّفاقاً لا يمكنه إقامة البيّنة عليه ، ولكنّها أيضاً ممّا لم ترد في آية ولا في رواية وإنما ثبتت في خصوص إخبار المرأة بانقضاء عدّتها وبما في رحمها وبعادتها لأنهن مصدّقات في الثلاثة لا في جميع الموارد ، وإلّا فلازمه قبول قول مدّعي العدالة والتقى لأنه مما لا يعرف إلّا من قبله ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ تطبيق تلك الكبرى على المقام غير صحيح ، وذلك لما عرفت من إمكان الاطّلاع على جهل شخص آخر أو علمه .

فالمتحصّل : أنّ أهل الخبرة لا يثبت في حقه الخيار وهذا بخلاف غير أهل

---

(١) المكاسب ٥ : ١٦٩ .

الخبرة كما تقدّم ، لأنّ أصالة عدم الاقدام على الضرر تثبت الخيار في حقه فيقدّم قوله مع اليمين ، كما يمكنه إحلاف الغابن على علمه بالحال فيما إذا كان المغبون من أهل الاطّلاع فيحلف على عدم علمه بغفلته وبه تجري أصالة عدمها ويحكم بعدم الخيار وليس هذا من اليمين المردودة لأنها إنما تكون فيما لم يوافق الأصل وقد عرفت أنّ عدم غفلته يوافق للأصل ولا مانع من أن يحلف على عدم علمه ، هذا تمام الكلام في هذه الصورة من الاختلاف .

وأمّا الصورة الأُخرى من اختلافهما فتفصيل الكلام فيها : أنّ اختلافهما تارةً في القيمة السوقية مع الاتّفاق على مقدار الثمن ، وهذا كثيراً ما يتّفق فيما قلّ وجوده في الخارج كما في الجواهر وبعض الأجناس القيمية الراقية ، وفي أمثال ذلك يتّفق الاختلاف في القيمة السوقية كما إذا ادّعى البائع أنّ هذا الجوهر يسوى في السوق بثمانين ديناراً وادّعى المشتري أنه يسوى أربعين مع الاتّفاق على مقدار الثمن في المعاملة .

وأُخرى يختلفان في الثمن مع الاتّفاق على القيمة السوقية كما في الأجناس كثيرة الوجود فإنّ قيمتها السوقية لا تقبل الاختلاف لامكان المراجعة إلى السوق وهذا كما إذا اختلفا في أنّ الثمن عشرة أو خمسة عشر مع اتّفاقهما على أنّ قيمته السوقية عشرة ، فادّعى المغبون أنّك بعته بخمسة عشر وقال الغابن بل بعته بعشرة فلا غبن .

وثالثة يختلفان في التغيّر وعدمه ، وهذا كما إذا اتّفقا على أنّ قيمة ذلك المال قبل شهر عشرة واختلفا في قيمته حين المعاملة فادّعى المغبون أنّ قيمته لم تتغيّر حال المعاملة فلي الخيار لأنّك بعته بخمسة عشر وقيمته عشرة ، وادّعى الغابن أنّها تغيّرت وترقّت القيمة حال المعاملة وصارت خمسة عشر فلا غبن ، أو اتّفقا على أنّ قيمته فعلاً عشرة واختلفا في قيمته السابقة حال المعاملة فادّعى أحدهما الخيار من

جهة أنه اشتراه بخمسة عشر مع أنّ قيمته فعلاً عشرة وكذلك قيمته السابقة ولم تتغيّر قيمته ولم تتنزّل بعد المعاملة ، وأنكره الآخر وادّعى أنّ قيمته حال المعاملة كانت خمسة عشر ثم تنزّلت القيمة وصارت عشرة فعلاً فلا غبن ، وفي هاتين الصورتين المغبون يدّعي عدم التغيّر بحسب الزيادة أو النقيصة والغابن يدّعي التغيّر ، وربما يكون المغبون مدّعياً التغيّر والغابن يدّعي عدمه وهذا كما إذا اشتراه المغبون بعشرة وفرضنا أنّ قيمته بالفعل أيضاً عشرة ولكن المغبون ادّعى التغيّر وأنّ قيمته حال المعاملة كانت أقل من عشرة وحيث باعه أو اشتراه بعشرة فله الخيار للغبن والغابن ادّعى عدم التغيّر وأنّ قيمته من الابتداء عشرة لا أنّها ترقّت بعد المعاملة فلا غبن ولا خيار .

إذا عرفت هذه الصور فنقول : لا يمكن الرجوع في تلك الصور إلى أصالة عدم التغيّر ، لأنها لا تثبت وقوع المعاملة على القيمة المتساوية وعدم الزيادة عن القيمة السوقية فلا يترتّب عليها أثر .

ومن ذلك يظهر ما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) حيث تمسك في إثبات عدم الخيار في المقام وتقديم قول مدّعي عدم الغبن بأصالة عدم التغيّر والاشكال فيه من جهتين : إحداهما ما عرفته من أنّ الأصل مثبت ولا يثبت به وقوع العقد على المتساوي وعدم الزائد . وثانيتهما : أنّ أصالة عدم التغيّر على تقدير جريانها لا تجري في جميع الصور المتقدّمة ، لما عرفت من أنّ الاختلاف في الصورتين الأوّلتين غير راجع إلى التغيّر بل ربما يتّفقان على عدمه أو وجوده ، وإنما اختلافهما من ناحية الاختلاف في القيمة السوقية أو في الثمن فلا مجرى لأصالة عدم التغيّر فيهما ، كما أنها على تقدير جريانها لا تثبت عدم الخيار ، إذ قد عرفت أنّ

---

(١) المكاسب ٥ : ١٦٩ .

المغبون تارةً هو الذي يدّعي عدم التغيّر فتكون أصالة عدمه موجبة للخيار فلا تنفع في تقديم قول مدّعي عدم الغبن دائماً ، هذا .

ثم إنه (قدّس سرّه) استدلّ على تقديم قول مدّعي عدم الغبن بأصالة اللزوم ولكن لم يعلم أنه (قدّس سرّه) ماذا يريد بأصالة اللزوم ، فإن أراد من ذلك التمسك بعمومات **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** و **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾** إلى آخر الآية ، وغيرهما مما اعتمد عليه في الحكم باللزوم ، ففيه : أنّ التمسك بها في المقام من باب التمسك بالعام في الشبهات المصداقية ، لأنّ المعاملة على تقدير كونها غبنية خارجة عن تلك العمومات ، فالمعاملة مردّدة بين أن تكون داخلة تحت المخصص أو تحت العمومات ومعه لا يمكن التمسك بعمومات اللزوم .

وإن أراد منها الاستصحاب الحكمي وهو استصحاب بقاء ملكية المال للمغبون بعد فسخه حيث إنه كان ملكه قبل ذلك قطعاً ونشك في بقائه وارتفاعه بفسخه فالأصل عدم زواله ، فهذا الاستصحاب على تقدير القول بجريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية وإن كان لا بأس به إلّا أنه بناءً على ما سلكناه في معنى الخيار لا مجال لذلك الاستصحاب أيضاً ، وتوضيحه : أنّك عرفت أنّ معنى جعل الخيار عبارة عن تحديد دائرة الملكية وتضييقها إلى زمان الفسخ ، فكأنه أنشأ الملكية الموقتة والمقيّدة إلى زمان الفسخ ، وعليه فنقول في المقام إنّ المغبون قد أنشأ الملكية إلى ذلك الزمان أي إلى زمان الفسخ ، وأمّا الملكية بأزيد من ذلك الزمان أي الملكية بعد زمان الفسخ فمشكوكة من الابتداء والأصل عدم جعلها وعدم إنشائها وعليه فلا يمكن المساعدة على ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الوجهين في المقام بل تبقى تلك الصور على حالها من الخلاف .

فالتحقيق أن يقال : إنّ الشرط الضمني الارتكازي إذا كان واقعاً على تساوي القيمتين بأن يشترط المتعاقدان تساوي كل واحد من المالين بحسب القيمة

السوقية كما عبّرنا بهذه العبارة في بعض عباراتنا السابقة ، فالأصل مع مدّعي الغبن والخيار ، لأنّ المفروض وقوع المعاملة بين المالين ونشك في شرطها الذي هو أمر وجودي وهو وقوعها على المالين المتساويين بحسب القيمة والأصل عدم وقوع المعاملة على المتساويين فلا لزوم بحكم الاستصحاب ، إذ التساوي والمعاملة الواقعة عليه أمران وجوديان مسبوقان بالعدم فالأصل عدم وقوع المعاملة على القيمة المتساوية للقيمة السوقية .

وأمّا إذا كان الاشتراط الضمني متعلّقاً بما هو المتعارف بين الناس والمرتكز في الأذهان وهو عدم الخديعة والزيادة ، فكأنهما يشترطان عدم الخديعة وعدم الزيادة في الثمن والقيمة فلذا ترى أنه يقول لصاحبه لا يكن بيعك أو شراؤك هذا بأزيد من قيمته ، والمراد بالخديعة هو صورتها إذ لا يعتبر في خيار الغبن الخديعة بل يثبت ولو مع جهل الغابن بالحال ، وعليه فإذا تعاملا وشككنا في حصول هذا الشرط وهو عدم الخديعة وعدم الزيادة فالأصل مع من يدّعي اللزوم لأصالة عدم وقوع البيع على الخديعة والزيادة وأصالة عدمهما ، وهذا الوجه الثاني هو الأرجح لأنه الموافق للمتعارف والمرتكز في الأذهان من الغبن ، ويؤيّد ذلك عنوان الفقهاء حيث عنونوه بخيار الغبن أي خيار الزيادة والخديعة ، وعليه ففي جميع الصور المتقدمة نحكم بلزوم المعاملة وعدم وقوع البيع على القيمة الزائدة أو الخديعة ، هذا تمام الكلام في المسألة الأُولى .

المسألة الثانية

أنّ الأصحاب اشترطوا في ثبوت هذا الخيار أن يكون التفاوت بين القيمتين أزيد مما يتسامح فيه عادة ، وهذا الاشتراط مما لا غبار عليه سيّما على مسلكنا من كون خيار الغبن ثابتاً بالاشتراط الضمني ، لأنهم إنما يشترطون التساوي أو عدم

الزيادة بما لا يتسامح فيه ، وأمّا المقدار المتسامح فيه عرفاً فالظاهر أنه لا يعد غبناً وزيادة موجبة للخيار ، وهذا على إجماله مما لا خلاف فيه .

وإنما الكلام في تحديد مقداره وأنّ أيّ مقدار مما يتسامح فيه وأي مقدار لا يتسامح فيه ، وقد نقل عن بعض العامة(١) أنّ التفاوت بالثلث مورد للتسامح ولا يثبت به الخيار ، فإذا اشترى ما يسوى ستة بثمانية فلا يثبت له الخيار لأنّ الزيادة بالثلث ، وهذا التحديد مما لا إشكال في سقوطه ، إذ كيف لا تكون الزيادة بثلث الثمن موجبة للغبن ، وقد ذكر شيخنا الأنصاري(٢) بل ورجّح حصول الغبن بزيادة الخمس ، هذا .

والظاهر أنه لا يمكن تقدير الغبن بالكسور المتعارفة أعني الثلث والربع والخمس ، وذلك لأنّ الخمس مثلاً أو الثلث في بعض الموارد لا يوجب الغبن أي الزيادة بما لا يتسامح فيه لقلّته ، وفي بعض الموارد الاُخر يوجب الزيادة بكثير ، مثلاً إذا اشترى ما يسوى بثلاثة أفلس بأربعة فقد اشتراه بزيادة فلس واحد وهو الثلث إلّا أنه ليس مما يوجب الغبن والخيار لقلّته ، وأمّا إذا اشترى ما يسوى بثلاثة آلاف دينار بأربعة آلاف فقد زاد بثلث الثمن وهو الألف مع أنه من أظهر مصاديق الزيادة التي لا يتسامح فيها ، وكلّما فرضنا العدد أزيد تصير الزيادة في الغبن أوضح فإذا اشترى شيئاً بخمسة عشر ألف دينار وهو يسوى باثنتي عشر ألف دينار فقد زاد ربع القيمة وهو ثلاثة آلاف ، ومن الظاهر أنه مما لا يتسامح فيه بل ربما يكون الواحد في المائة موجباً للزيادة الخارجة عن مورد المسامحة وهذا كما إذا اشترى ملكاً بمليون وعشرة آلاف دينار ثم ظهر أنّ قيمته هو المليون وقد زاد عشرة آلاف

---

(١) كما حُكي عن مالك ، راجع التذكرة ١١ : ٧٠ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٧٠ .

ونسبتها إلى مليون نسبة الواحد إلى المائة ، مع أنه من أظهر مصاديق ما لا يتسامح فيه . وبالجملة فلا يمكن تقدير ذلك بالكسور المتعارفة أو الأعشار ، وعليه فلنا ثلاثة مقامات :

فتارةً نقطع ونعلم بأنّ الزائد مما يتسامح فيه فلا غبن فيه . وأُخرى نعلم بأنه مما لا يتسامح فيه فيثبت فيه الخيار . وثالثة نشك في أنّ المقدار الزائد هل هو مما يتسامح فيه أو لا يتسامح فيه فهل يحكم في هذه الصورة بالخيار أو أنّ المعاملة لازمة حينئذ ؟ فربما يقال بعدم صحة التمسك في مثل ذلك بعموم قاعدة نفي الضرر ولا بالعمومات المقتضية للزوم ، بدعوى أنّ الشبهة مصداقية ولا ندري أنّ الضرر مما يتسامح فيه حتى لا تشمله القاعدة أو أنه مما لا يتسامح فيه فالقاعدة تشمله .

إلّا أنّ ذلك مما لا أساس له ، وليست الشبهة مصداقية في المقام ، وإنما الشك في خروج المقدار الزائد عمّا نعلم بخروجه ومن قبيل الشك بين الأقل والأكثر في المخصص ، وذلك لأنّا نعلم بخروج مثل العشرة في الخمسين وأنها ضرر لا يتسامح فيه ، فهي مما تشمله قاعدة نفي الضرر قطعاً فتكون العشرة خارجة عن الحكم باللزوم ، ولكنا نشك في أنّ الخمسة في الخمسين أيضاً خارجة عن اللزوم أو لا لأجل الشك في أنها مما يتسامح فيه عند العقلاء أو مما لا يتسامح فيه ، فالشك في خروج المقدار الزائد عمّا نعلم بخروجه ومن باب الشك في خروج الأقل أو الأكثر .

وكيف كان ، فليست الشبهة مصداقية لأنّ الشبهة المصداقية إنما تتحقق فيما إذا علمنا بمقدار الخارج وشككنا في مورد أنه من الأفراد الخارجة أو الباقية تحت العام بحيث لا يكون خروج ذلك المشكوك مستلزماً لتخصيص زائد على التخصيص الوارد على العام ، ولكنك خبير بأنّ الشك في المقام من جهة الشك في مقدار الخارج وأنّ المقدار الزائد عمّا نعلم بخروجه أيضاً خارج عن العموم وهو مستلزم لتخصيص زائد على العموم ، أو أنه ليس بخارج عنه فيكون تخصيص العموم منحصراً بالمقدار

المعلوم دون الزائد ، وبالجملة الشك في المقام من قبيل الشك بين الأقـل والأكـثر فهل يجوز الرجوع فيه إلى قاعدة نفي الضرر وبها نثبت الخيار ، أو أنّ المرجع هـو أصالة اللزوم ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ المرجع حينئذ أصالة ثبوت الخيار لأنّ المفروض أنّ موارد الضرر خارجة عن الحكم باللزوم ، وإنّما خرجنا عن هذا العموم فيما إذا كان الضرر مما يتسامح فيه الناس ، وحيث إنّ الضرر متحقق في المقام ولم يعلم أنه مما يتسامح فيه فنتمسك بعموم ما دلّ على الخيار عـند الضرر وعـدم الحكم باللزوم معه ، إذ لم يثبت أنّ الضرر مما يتسامح فيه حتى يحكم بعدم الخروج عن عمومات اللزوم ، ثم عدل عن ذلك واحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم ، لأنّ المقدار الخارج عن عمومات اللزوم هو الضرر المتفاحش أو الضرر الذي يناقش فيه أي الضرر الكثير لا مطلق الضرر ، ولم يثبت بعد أنّ الضرر كثير ، فما دام لم يثبت المخصص نتمسك بالعموم ، هذا .

والظاهر أنّ الصحيح على مسلكه ومسلك غيره ممن اعتمد في خيار الغـبن على قاعدة نفي الضرر هو الاحتمال الأول دون الاحتمال الثـاني الذي عـدل إليـه والوجه في ذلك : أنّ الخارج عن عمومات اللزوم مطلق الضرر أعم من المتفاحش وغيره ولم تقيّد أدلّة نفي الضرر بالضرر الكثير ، وإنما لم نقل بالخيار فـيما إذا كـان الضرر مما يتسامح فيه العقلاء ويقدمون عليه من أجل أنّ شمول قاعدة نفي الضرر له على خلاف الامتنان حيث إنهم قد أقدموا على ذلك الضرر فالحكم بارتفاعه مما لا امتنان فيه ، إلّا أنّ ذلك تخصيص ثانٍ لبّي وارد على المخصص ، فكما أنّ أدلّـة نـفي الضرر خصّصت اللزوم بموارد عدم الضرر كذلك خصّصنا هذا المخصص بموارد عدم

---

(١) المكاسب ٥ : ١٧٠ .

إقدام العقلاء على ضرر أنفسهم من جهة قلّته ، فإذا شككنا في مورد في أنّ الضرر هل هو ممّا يقدم عليه العقلاء أو لا ، فلا محالة يكون المخصص الوارد على المخصص الأول مشكوكاً ومع الشك في المخصص الثاني يكون عموم المخصص الأول محكّماً ومعه لا يمكن الرجوع إلى عموم العام ، إذ الشك إنما هو في تخصيص عموم المخصص الأول فإذا لم يثبت تخصيصه فنتمسك بعمومه أي بعموم المخصص الأول لا محالة ونحكم بالخيار وعدم اللزوم . وكيف كان فليس الخارج عن عمومات اللزوم خصوص الضرر المتفاحش وإنما خرج عنه مطلق الضرر وبما أنه متحقق في المقام فنتمسك بعموم المخصص لا محالة ، هذا كلّه بناءً على مسلكهم .

وأمّا بناءً على ما سلكناه من أنّ المدرك في خيار الغبن هو الاشتراط الضمني أعني اشتراط التساوي وعدم الزيادة عن القيمة السوقية من طرف المشتري واشتراط عدم النقيصة من طرف البائع ، فالظاهر أنّ المرجع هو عمومات اللزوم وذلك لأنّ الاطلاق في مقام الاثبات والكلام يكشف عن الاطلاق وعدم التقييد في مقام الثبوت والاعتبار النفساني .

وتوضيحه : أنّ المعاملة في مقام الاثبات مطلقة وليست مقيّدة باشتراط التساوي باللفظ وهذا ظاهر ، فنستكشف أنّ المعاملة بحسب الواقع ومقام الثبوت مطلقة وغير مقيّدة بعدم زيادة مثل الخمسة في الخمسين وغيرها مما نشك في كونه مما يتسامح فيه ، والاعتماد على القرينة المقامية والارتكاز إنما يتم بالاضافة إلى اشتراط عدم الزيادة بمقدار لا يتسامح فيه ، وأمّا عدم اشتراط الزيادة بمقدار يشك في أنه مما يتسامح فيه فلا ، لعدم صلاحية الارتكاز للقرينية على اشتراط مثله أي مثل ما يشك في أنه مما يتسامح فيه ، ولا يسوغ له الاعتماد في تقييد اعتباره النفساني على ما لا صلاحية له للقرينية والتقييد ، نعم له صلاحية القرينية والتقييد بالاضافة إلى ما لا يتسامح فيه . إذن فالمعاملة بالاضافة إلى ما نشك في أنه مما يتسامح فيه مطلقة في مقام

الاثبات فنتمسك بالاطلاق في الكلام وبه نستكشف أنّ اعتباره النفساني أيضاً مطلق وغير مقيّد بعدم الزيادة بما يشك في كونه مما يتسامح فيه ، إذ لو كان اعتباره مقيّداً بذلك لكان عليه البيان ونصب القرينة على ذلك ، وحيث لم ينصب قرينة عليه فيعلم أنّ اعتباره مطلق ، وعليه فيحكم عليه باللزوم وعدم الخيار ، وهذا من موارد الفرق والثمرة بين مسلكنا ومسلك الشيخ (قدّس سرّه) .

بقي في المقام شيء وملخّصه : أنّ الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) قد فرّقوا بين العبادات والمعاملات وذهبوا إلى أنّ الضرر في المعاملات نوعي ، وأنّ المعاملة إذا كانت بنوعها ضررية فيحكم عليها بعدم اللزوم وإن لم تكن ضررية بالاضافة إلى شخص المتعاملين ، وأمّا في العبادات فقالوا إنّ المدار على الضرر الشخصي دون النوعي ، ومن هنا قالوا بوجوب شراء الماء للوضوء بأضعاف قيمته بالاضافة إلى من لا يتضرر بذلك ، وأمّا من يتضرر بذلك فلا ويجب عليه التيمم حينئذ .

وبعبارة أُخرى كما أشار إليه شيخنا الأنصاري(١) إذا كان المدار على الضرر المالي في باب الوضوء فلا يجب شراء الماء للوضوء إذا كان بأضعاف قيمته بالاضافة إلى جميع الناس ، لأنّ دفع أضعاف قيمة الماء ضرر مالي على كل أحد حتى للأغنياء الذين لا يعتنون بأمثال تلك القيمة من المال إلّا أنه نقص في المال لا محالة ، وأمّا إذا كان المدار على الضرر الحالي فحينئذ يفرق في وجوب الشراء بأضعاف قيمة الماء بين من يكون ذلك ضرراً بحاله وموجباً لنفاد قوته أو مسكنه فلا يجب عليه الشراء ، وبين من لا يكون ذلك مضرّاً بحاله وإن كان مضرّاً بماله لا محالة إلّا أنه إذا دفعه إلى مالك الماء لما بقي وأفراد عائلته جياعاً ولا يمرض بالحرارة أو البرودة فيجب عليه الشراء ، إلّا أنهم ذهبوا إلى الثاني وقالوا إنّ المدار على الضرر

---

(١) المكاسب ٥ : ١٧١ .

الحالي في الوضوء كما أنه شخصي في غيره من العبادات ، ومن هنا إذا فرضنا أنّ التوضؤ يوجب المرض لجميع من في البلد إلّا رجلاً واحداً فإنه لحرارة مزاجه لا يتضرر بالوضوء ولا يمرض ، فلا محالة نحكم عليه بالوجوب وإن كان الوضوء بحسب النوع ضررياً حسب الفرض ، وهذا بخلاف المعاملات فإنّ المدار عندهم على الضرر النوعي ، فإذا كانت المعاملة بنوعها ضررية فيحكمون فيها بعدم اللزوم وإن لم تكن كذلك بالاضافة إلى شخص المتعاملين ، هذا .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ الضرر والحرج وغيرهما من موضوعات الأحكام مما لا إشكال في دوران الحكم مدار فعليتها كما هو مقتضى القضايا الحقيقية ، ولا يحتمل أن يكون الحكم فعلياً من دون أن يكون موضوعه أيضاً فعلياً ومتحققاً ، فإذا حكم الشارع بوجوب الصلاة عند الزوال وقال : إذا زالت الشمس فقد وجب الطهور والصلاة ، فلازمه أن يتوقف فعلية وجوب الصلاة في حق أحد على فعلية زوال الشمس في حقه ، ولا يمكن أن يقال بوجوب الصلاة في حقه فيما إذا لم يتحقق الزوال في حقه ، فلذا لا مجال للحكم بوجوب صلاة الظهر لأهل العراق قبل ثلاثة ساعات من الزوال من جهة فعلية الزوال لأهل الهند حينئذ ، إذ الزوال في الهند يتحقق قبل ثلاثة ساعات من الزوال في العراق .

وبالجملة : أنّ فعلية كل حكم في حق أحد يتوقف على فعلية موضوعه بالاضافة إلى ذلك الشخص كما هو مقتضى كون القضية حقيقية ، وعليه فالأحكام المترتّبة على الضرر أو الحرج إنما تصير فعلية فيما إذا صار الضرر فعلياً في حق ذلك الشخص ، وهذا من دون فرق بين العبادات والمعاملات .

ثم لا إشكال في أنّ الضرر المالي ضرر بالاضافة إلى جميع الناس غنياً كان أم مفلساً ، لأنه بالأخرة نقص في المال والضرر عبارة عن النقص في المال أو في العرض أو في النفس ، وعليه فلابدّ في مثل شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته من الحكم بعدم

الوجوب بالاضافة إلى الجميع لأنه حكم ضرري على الجميع ، وإنما خرجنا عن ذلك في مسألة الوضوء وشراء الماء بأضعاف قيمته من جهة النص[١] الوارد في إلغاء الضرر المالي في باب شراء ماء الوضوء ، فيجب شراء الماء ولو بأضعاف قيمته ولو مع كونه مضرّاً بالمال لا محالة ، فوجود الضرر المالي كعدمه لأنه ساقط بحسب النص ، وحينئذ فنبقى نحن وغير الضرر المالي من المضرّات فلابدّ من ملاحظة الأشخاص لنرى أنه هل تتضرّر بغير المال من سائر الجهات عند دفع أضعاف قيمة الماء كمن لو دفع أضعاف قيمة الماء لا تبقى له نفقته ويبقى عياله جياعاً أو لا يتمكن من تحصيل المكان فينام في البرّ فيمرض للحرارة أو البرودة ، أو أنه لا يتضرر بغير المال ، فعلى الأول نحكم بعدم وجوب الشراء وعلى الثاني نحكم بالوجوب ، وكيف كان فالضرر المالي ساقط عن الاعتبار في باب الوضوء والمدار على غيره من الاضرار ، فيكون ذلك النص مخصصاً لعموم قاعدة نفي الضرر .

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنه يمكن أن يلتزم بعدم الضرر المالي في العبادات من جهة تداركه بالأجر العظيم والمثوبة الكثيرة ، إذ لا إشكال في أنّ من دفع مالاً وأخذ شيئاً في مقابله لا يعدّ ذلك من الضرر وإلّا فتكون جميع المعاملات ضررية حيث تدفع فيها الأموال ويؤخذ ما يقابلها ، وعليه فمسألة شراء ماء الوضوء تخرج عن عموم قاعدة نفي الضرر بالتخصص دون التخصيص ، إذ لا ضرر حينئذ في دفع أضعاف قيمة الماء ، هذا .

ولا يخفى أنه لا يمكن المساعدة على ذلك من جهات :

الأولى : أنّ لازم ذلك عدم الاعتناء بالضرر المالي في جميع أبواب العبادات

---

(١) الوسائل ٣ : ٣٨٩ / أبواب التيمم ب ٢٦ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٧١ .

والظاهر أنّهم لا يلتزمون بذلك ، فإذا فرضنا أنّ هناك سارقاً يسرق المال إذا اشتغل مالكه بالصلاة قياماً أو إلى القبلة ، فإنّ لازم هذا الكلام أن يحكم بوجوب الصلاة عليه قائماً ومستقبل القبلة ولا يعتنى بتضرّره وسرقة السارق ، لأنّ ما يعطيه الله من الأجر لصلاته يقابل الضرر الوارد عليه ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به .

الثانية : أنّا لو قلنا بعدم صدق الضرر عند تداركه بالأجر في مقابله ، فهو إنما يتوقف على إحراز تداركه بالأجر ومن أخبرنا بثبوت الأجر في موارد الضرر في العبادات ، إذ الضرر إنما ينفي الحكم وأمّا ثبوت الأجر على تحمّل الضرر فلا دليل عليه ، نعم لو كان في موارد الضرر أمر من قبل الشارع باتيان ما فيه الضرر كما في شراء الماء في الوضوء لأمكن استفادة الأجر من ذلك الأمر بما فيه الضرر ، وأمّا أن نلتزم بوجوب تحمّل الضرر في جميع موارد العبادات بدعوى أنّ فيه أجراً فهو يحتاج إلى دليل ولا دليل عليه في غير مسألة شراء الماء .

الثالثة : أنّ المدّعى إن كان تقييد حديث لا ضرر بالضرر غير المتدارك فهو كما ذكرناه في محلّه بلا موجب ، إذ أيّ دليل دلّ على تقييد الضرر بذلك ، بل لابدّ من أن يؤخذ باطلاقه ويقال بشموله لجميع أنحاء الضرر وأقسامه . وإن كان المدّعى عدم صدق الضرر على الضرر المتدارك فهو لو سلّم ـ مع أنّا لا نسلّمه ـ إنما يتم فيما إذا كان التدارك من جنس الضرر ، وهذا كما إذا أتلف شخص مال غيره فحكم عليه الشارع بضمان مثله أو قيمته ، فحينئذٍ لا يصدق الضرر ، وأمّا تداركه بغير جنسه فهو لا يمنع عن صدق الضرر . وعليه فتدارك الضرر المالي في الوضوء أو في غيره من العبادات بالأجر والثواب الذي هو من غير جنس المال لا يمنع عن صدق الضرر عليه ، فدعوى عدم صدق الضرر على مثله أشبه شيء بالعرفان .

فالمتحصّل : أنه لا وجه لاخراج العبادات عن الضرر ، بل العبادات والمعاملات جميعها على حدّ سواء وعند تحقق الضرر فيهما بالاضافة إلى أحد فلا

محالة يرتفع الحكم بالاضافة إليه مالاً كان الضرر أو غيره إلّا في مسألة شراء الماء فإنها خارجة بالنص فيلاحظ فيها الضرر من غير ناحية المال .

وكيف كان فلابدّ من ملاحظة كل حكم وكل واحد من الموضوعات فعند تحقق شيء منها يحكم بتحقق حكمه كان الموضوع هو الضرر أو أمراً آخر ، وعليه فلابدّ من أن يكون الضرر شخصياً في كل واحد من العبادات والمعاملات ، نعم لا مانع من أن يكون الضرر أو الحرج النوعي مثلاً حكمة في تشريع بعض الأحكام وهذا كما في قوله (صلّى الله عليه وآله) « لولا أن أشق على اُمّتي لأمرتهم بالسواك »(١) حيث إنّ عدم تشريع وجوب السواك مستند إلى حكمة الحرج النوعي ، وما ورد في الحديد من أنّ الحكم بطهارته من جهة أنّ الحكم بنجاسته يوجب الحرج نوعاً فترى أنّ الحرج أو الضرر نوعاً كان من المصالح والحكم الداعية إلى حكم الشارع بالطهارة أو عدم تشريعه الوجوب ، إلّا أنّ البحث في المقام فيما إذا كان الضرر أو الحرج موضوعاً للحكم وحينئذ ندّعي أنّ فعلية ذلك الحكم المترتّب على الضرر يدور مدار فعلية الضرر في حق كل واحد من المكلّفين ، وهذا غير باب كون الضرر أو الحرج حكمة في ترتيب الأحكام على موضوعاتها .

إشكال : نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) عن الروضة والمسالك في أقسام الغبن ، أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو كلاهما ، وقد وقع الاشكال في تصوير الغبن من كلا الطرفين ، فذهب بعضهم إلى استحالة ذلك من جهة أنّ الثمن لا يمكن أن يكون أقل من القيمة السوقية وأكثر منها ، وذهب بعض آخر إلى امكانه ، وما ذكروا في تصويره وجوه :

---

(١) الوسائل ٢ : ١٧ / أبواب السواك ب٣ ح ٤ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٧٢ .

منها: ما نقله(١) عن المحقق القمّي (قدّس سرّه)(٢) من أنّ ذلك إنما يتصور فيما إذا باع متاعه بأربعة توامين مع أنّ قيمته في السوق خمسة، واشترط البائع على المشتري أن يعطي بدل أربعة توامين ثمانية دنانير لأنها مساوية للأربعة حينذاك، مع أنّ ثمانية دنانير تسوى في السوق بخمسة توامين، وحينئذ يكون البائع مغبوناً لأنه باع ماله بأربعة والحال أنه يسوى بخمسة، ويكون المشتري أيضاً مغبوناً من جهة أنه أعطى ثمانية دنانير في مقابلة أربعة توامين والحال أنها تسوى بخمسة توامين فكلاهما مغبونان.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ المناط في الضرر في المعاملة ملاحظة المبيع بجميع قيوده وشروطه منها النقد والنسيئة، فإنّ المال إذا بيع بقيمة معيّنة نقداً ربما يكون موجباً للضرر، وأمّا إذا بيع بتلك القيمة نسيئة فلا تكون ضررية، ومنها شروط الفعل فإنّ المعاملة بدون شرط مثل الخياطة ربما تكون ضررية وأمّا معها فتكون نافعة، وكيف كان فلابدّ من ملاحظة مجموع الثمن والخصوصيات والشروط، فإذا لاحظنا المتاع بشرط تبديل الأربعة إلى ثمانية دنانير فلا نرى فيها ضرراً ولا غبناً على البائع بوجه فيكون المغبون هو المشتري فقط، ثم أوضح ذلك بأنّ الشروط في ضمن المعاملات إمّا أن تكون جزءاً فتكون المعاملة المشروط فيها معاملة واحدة فلابدّ فيها من ملاحظة مجموع الثمن والشرط والفرض أنّ قيمة مجموعها لا تنقص عن القيمة السوقية فإمّا لا غبن فيها لأحد أصلاً، وإمّا هي غبنية لأحدهما خاصّة، وإمّا أن يكون الاشتراط معاملة مستقلّة كما ذكره بعضهم من أنّ الشرط التزام في ضمن التزام، وحينئذ لابدّ من ملاحظة كل

(١) [ما نقله الشيخ عن المحقق يختلف عن المذكور هنا فلاحظ].

(٢) المكاسب ٥ : ١٧٢، جامع الشتات ٢ : ٥٩ ـ ٦٠، المسألة ٤٨.

واحد من المعاملتين والمفروض أنّ معاملة الشرط غبنية للمشتري خاصة والمعاملة الأُولى غبنية للبائع فقط ، فليس هناك معاملة واحدة غبنية لكل واحد من البائع والمشتري .

ومنها : ما ذكره بعضهم من فرض ذلك فيما إذا باع شيئين في معاملة واحدة أحدهما بأزيد من قيمته السوقية وثانيهما بأنقص منها كما إذا باع بمجموع الرسائل والمكاسب بثلاثة دنانير على أن يكون ثمن الرسائل نصف دينار والحال أنه يسوى بدينار ، وثمن المكاسب دينارين ونصفاً والحال أنه يسوى بدينارين ، ففي هذه المعاملة الواحدة البائع مغبون في الرسائل والمشتري مغبون في المكاسب .

والجواب عن ذلك : يظهر مما ذكرناه في الوجه السابق وهو أنّ هذه المعاملة الواحدة بحسب الصورة إمّا أن تنحل إلى معاملتين مستقلّتين في الحقيقة وإنما جمعا بحسب اللفظ فقط ، فحينئذ هناك بيعان والبائع في أحد البيعين مغبون كما أنّ المشتري في البيع الآخر مغبون ، وليس هناك بيع واحد يكون كل من البائع والمشتري فيه مغبوناً ، وإمّا أن تكون معاملة واحدة حقيقة وحينئذ فلا غبن أصلاً ، لأنّ مجموع الرسائل والمكاسب بحسب القيمة السوقية يسوى بثلاثة دنانير ، دينار للأول وديناران للثاني حسب الفرض ، والفرض أنه باعهما بتلك القيمة أيضاً ، غاية الأمر فرض قيمة أحدهما نصف دينار والآخر دينارين ونصفاً ومجموعهما ثلاثة دنانير فالمتحصّل أنه لا غبن في المعاملة حينئذ فلو كان فهو لأحدهما لا لكليهما .

ومنها : ما ذكره بعض آخر من تصوير ذلك فيما إذا كان قيمة المال مختلفة في مكانين ونفرضهما داخل البلد وخارجه كما إذا حواها العسكر وحصل الغلاء خارج البلد وفرضنا أنّ قيمة الطعام في البلد ديناران وفي خارج البلد أربعة دنانير وقد اشترى واحد من أهل البلد طعاماً ممن هو خارج البلد بثلاثة دنانير التي هي حد متوسط بين قيمتي الخارج والداخل ، فإنّ البائع في تلك المعاملة مغبون بحسب قيمة

مكانه وهو خارج البلد ، لأنّ قيمة الطعام فيه أربعة دنانير وقد باعه بثلاثة ، كما أنّ المشتري فيها مغبون لأنّ قيمته بحسب مكان نفسه وهو داخل البلد أكثر إذ المفروض أنّ قيمته في داخل البلد ديناران ، وكذا يمكن فرض ذلك بحسب البلدين .

والجواب عن ذلك : أنّ المبيع حينئذ أي شيء ، فإن كان المبيع هو الطعام خارج البلد فالمغبون حينئذ هو البائع فقط وإنما تنزّلت قيمته بنقل المشتري إيّاه إلى مكان الرخص ، وإن كان المبيع هو الطعام داخل البلد فالمشتري هو المغبون فليس هناك معاملة واحدة غبنية بالاضافة إلى كلا المتبايعين .

ومنها : ما ذكره في مفتاح الكرامة(١) وقد صوّر الغبن من الجانبين في الحكم الظاهري كما إذا باع متاعه بقيمة فتداعيا وادّعى البائع أنّ قيمته السوقية أكثر وادّعى المشتري أنّ قيمته السوقية أقل ولم يتمكنا من الرجوع إلى السوق ، أو إذا باع فرساً بعبد فادّعى مالك العبد أنه يسوى بفرسين وادّعى مالك الفرس أنّ فرسه يسوى بعبدين مع عدم التمكّن من المراجعة إلى السوق كما إذا وقعت المعاملة في البرّ ، فإذا تداعيا فيتحالفان لما ذكرنا سابقاً من أنّ منكر الغبن هو الذي يوافق قوله الأصل فيحلف كل واحد منهما وبذلك يثبت الغبن لكل واحد منهما ، كذا ذكره .

وفيه أوّلاً : أنّ الكلام في الغبن الواقعي بالاضافة إلى المتبايعين دون الغبن الظاهري .

وثانياً : أنّ ثبوت الغبن بحلف كل واحد منهما إنما يبتني على ما تقدم من أنّ المدّعي إذا لم يتمكن من إقامة البيّنة على مدّعاه خصوصاً في أمثال المقام مما لا يعلم إلّا من قبل المتبايعين إذا حلف يثبت به مدّعاه ، وحينئذ إذا حلف كل واحد منهما على غبنه فلا محالة يثبت به غبنه ، ولكنّك عرفت فساد هذا المبنى وأنه لم يقم دليل

---

(١) مفتاح الكرامة ١٠ : ٩٨٦ .

على أنّ حلف المدّعي يوجب ثبوت مدّعاه على تقدير عدم تمكنه من إقامة البيّنة على مدّعاه ، بل الحلف متوجه إلى منكر الغبن فبما أنهما ينكران غبن الآخر فيحلف كل منهما على عدم غبن الآخر وبه يرتفع غبنهما ولا يثبت الخيار لهما .

والمتحصّل : أنّ تصوير الغبن من الجانبين غير ممكن ، نعم لا مانع من تصوير الغبن بالمعنى الأعم من زيادة القيمة والخديعة في الجانبين ، وهذا كما إذا شاهد العين في زمان ورأى أنها سمينة تسوى بأربعة دنانير ثم اشتراها بتلك القيمة والحال أنها تسوى في السوق بخمسة دنانير إلّا أنها ظهرت غير سمينة ، أو أنّ البائع أخبره بوزن المبيع ثم ظهر أنه أنقص مع أنه يسوى في السوق بأكثر مما اشتراه ، فإنه يوجب غبن البائع لأنّ المفروض أنه باعه بأقل من القيمة السوقية ، كما يوجب غبن المشتري لأنه خُدع وأُعطي المهزول بدل السمين أو الناقص عوض الكامل ، فلكل واحد منهما الخيار حينئذ .

والذي ينبغي أن يقال بعد إلغاء لفظة الغبن من البين إذ لا كلام لنا في الألفاظ أنّ المدرك لهذا الخيار إن كان هو ما ذكرناه من اشتراط التساوي ضمناً بحسب الارتكاز فيستحيل حصول الغبن لكلا المتبايعين ، إذ لا يعقل أن تكون القيمة زائدة عن القيمة السوقية وناقصة عنها ، وأمّا إذا كان المدرك هو قاعدة نفي الضرر فيمكن تصوير الضرر للمتبائعين في معاملة واحدة ، وهذا كما إذا باع خشباً واشترط عليه المشتري أن يكون ذلك الخشب من أخشاب داره ثم ظهر أنّ قيمة الخشب في السوق أقل ، فإنّ البائع يتضرر حينئذ من جهة أنّ العمل بالشرط يوجب خراب داره وهدمها حتى يخرج منها الخشب الموضوع في سقفها ويدفعه إلى المشتري وهذا أمر ضرري وهو ظاهر ، ومثل هذا الاشتراط من الشروط غير المقابلة بالمال عرفاً ، فإنّ الخشب لا يفرق عند العقلاء بين أن يكون خشب داره أو يكون من سائر الأخشاب فلا يوجب ذلك زيادة في الثمن ، إلّا أنّ العمل بهذا الاشتراط

موجب لتضرّر البائع وهو ظاهر ، كما أنّ المعاملة ضررية للمشتري إذ المفروض أنّ قيمة الخشب في السوق أقل فلا محالة يثبت لهما الخيار .

القول في مبدأ خيار الغبن

قد وقع الخلاف في أنّ ظهور الغبن شرط شرعي في حدوث الخيار أو أنه كاشف عقلي عن حدوثه حين العقد ، بمعنى أنّ الخيار هل يثبت من زمان العقد حتى يكون العلم بالغبن كاشفاً وطريقاً إلى ثبوته من الابتداء ، أو أنه يثبت من زمان العلم بالغبن فله موضوعية وهو شرط في ثبوته ولا خيار قبله ، وكلمات الأصحاب مختلفة في المقام فمنهم من ذهب إلى ثبوته من الابتداء ومنهم من قال بحدوثه حين العلم بالغبن ، وقد تصدّى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] للجمع بين كلماتهم وحمل كلام القائلين بحدوثه من الابتداء على إرادة ثبوت الحق الواقعي ، وحمل كلام القائلين بحدوثه من حين العلم بالغبن على إرادة السلطنة الفعلية التي بها يقتدر على الفسخ أو الامضاء ، ثم تعرّض (قدّس سرّه) إلى بيان الآثار المجعولة للخيار وقسّمها إلى قسمين قسم يترتّب عليه من زمان العقد وقسم يترتّب عليه من حين العلم بالغبن ، هذا .

ولا يخفى أنّا ذكرنا سابقاً أنّ الخيار معناه الحق والسلطنة والمعبّر عنها بملك فسخ العقد ، ولا معنى للخيار إلّا ذلك ، وعليه فمن قال بثبوت الخيار من حين العقد فلا محالة يلتزم بثبوت السلطنة الفعلية وملك الفسخ من زمان العقد ، كما أنّ من ذهب إلى ثبوته من حين العلم بالغبن يلتزم بثبوت تلك السلطنة والملك من زمان العلم بالغبن ، وحينئذ فلا يبقى مجال للجمع بين كلماتهم بحمل الأُولى على إرادة الحق الواقعي والثانية على إرادة السلطنة ، إذ قد عرفت أنّ معنى الخيار ليس إلّا السلطنة

(١) المكاسب ٥ : ١٧٦ ـ ١٧٨ .

والملك على الفسخ فما معنى إرادة الحق دون السلطنة ، نعم إعمال تلك السلطنة لا محالة يتوقف على العلم بالغبن كما يتوقف على العلم بالخيار في مثل خياري المجلس أو الحيوان ، وهذا لا ينافي ثبوت السلطنة من حين العقد كما في خياري المجلس والحيوان المتقدّمين .

فالمهم هو التكلّم في مقامين : أحدهما في أنّ الخيار هل يثبت من حين العقد أو من زمان العلم بالغبن . وثانيهما : في الآثار المترتّبة على هذا الخيار وأنها هل تترتّب عليه من حين العقد أو من زمان العلم بالغبن .

أمّا المقام الأول : فملخّص الكلام فيه أنّ العمدة في مدرك هذا الخيار أمران : أحدهما : قاعدة نفي الضرر كما تمسك بها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولعلّه المعروف بين المتأخرين . وثانيهما : ما ذكرناه من الشرط الضمني الارتكازي بتقريب أنّ كلاً من المتبايعين حسب ارتكازه يشترط التساوي على الآخر ، فالبائع يشترط عدم النقيصة في الثمن والمشتري يشترط عدم الزيادة فيه ، وهذان الوجهان هما العمدة في هذا الخيار ، ومقتضى كليهما ثبوت الخيار من الابتداء .

أمّا قاعدة نفي الضرر فلأنها تنفي الضرر الواقعي سواء علم به الشخص أم لم يلتفت إليه أصلاً ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ لزوم المعاملة الغبنية ضرر على المغبون من الابتداء وعلمه وجهله لا يرفع الضرر الواقعي .

وأمّا الاشتراط الضمني فلأجل أنّ المعاملة الغبنية فاقدة للتساوي من الابتداء والشرط متخلّف فيها من حين العقد ، فلازم ذلك أن يكون الخيار ثابتاً للمغبون من حين العقد والمعاملة لا من زمان العلم بالغبن ، غاية الأمر أنّ إعمال سلطنته يتوقف على العلم بالغبن والخيار نظير العلم بالخيار في خياري المجلس والحيوان .

وبالجملة : أنّ الموضوع للخيار بناءً على هذين الوجهين إنما يصير فعلياً حين

تحقق العقد وبفعلية الموضوع يكون الحكم أيضاً فعلياً ، إذ لا معنى لفعلية الضرر والتخلّف حين العقد وعدم فعلية حكمهما في ذلك الزمان وكونه فعلياً بعد زمان العلم بالغبن ، وعليه فلابدّ من فعلية الحكم أعني الخيار حين العقد وهو ظاهر .

نعم ، لو استندنا في هذا الخيار إلى غير الوجهين المتقدّمين واعتمدنا فيه على الرواية النبوية الواردة في تلقّي الركبان المشتملة على أنهم بالخيار إذا دخلوا السوق فظاهرها ثبوت الخيار من حين العلم بالغبن بتقريب أنّ المراد بقوله (صلّى الله عليه وآله) « إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق »[١] ليس هو تعليق الخيار على خصوص الدخول بالسوق بأن يكون للدخول في السوق موضوعية في ثبوت الخيار كما ذهب إليه الحلّي على ما نقله عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] وإلّا فلازم ذلك أن لا يحكم لهم بالخيار فيما إذا علموا بالقيمة السوقية قبل دخول السوق وظهر أنهم مغبونون ، مع أنه مما لا يمكن المساعدة عليه ، إذ الظاهر من الرواية أنّ الدخول بالسوق من باب الانكشاف وظهور الغبن ، فكأنّ معناها أنهم بالخيار إذا تبيّن غبنهم وظهر أنهم مغبونون ، وعليه فيكون ظاهر الرواية دليلاً على أنّ الخيار إنما هو من زمان ظهور الغبن لا محالة ، وكذلك الحال إذا كان المدرك هو الاجماع فإنّ المقدار المتيقّن منه هو الخيار بعد ظهور الغبن .

والجواب عن ذلك أوّلاً : أنّ الرواية ضعيفة السند ولا أثر منها في كتب أصحابنا الامامية ، ولا يمكن انجبار ضعفها لعدم اعتماد الأصحاب عليها في خيار الغبن ، لأنهم إنما تمسكوا في إثباته بالوجهين المتقدمين وغيرهما من الوجوه .

وثانياً : أنّ الرواية ضعيفة بحسب الدلالة أيضاً ، وذلك لأنّ المراد بظهور الغبن

---

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة ٢٨٣ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٧٧ ، التذكرة ١١ : ٦٩ .

وتبيّنه ليس هو التبيّن بما أنه موضوع في الحكم بالخيار، بل إنما أُخذ من باب الطريقية إلى الغبن الواقعي، واستعمال التبيّن والانكشاف وإرادة الطريقية منها كثير في المحاورات العرفية وموجود في الكتاب العزيز أيضاً وهو قوله تعالى **﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾**(١) مع أنّ التبيّن لا موضوعية له في حرمة الأكل وإنما أُخذ طريقاً إلى واقع الفجر وهو الموضوع في حرمة الأكل. وأمّا الاجماع فهو مدركي وليس بحجّة. فالمتحصّل أنه لا ينبغي الاشكال في أنّ الخيار يحدث من زمان العقد لا من زمان ظهور الغبن.

وأمّا المقام الثاني فنقول: إنّ من جملة الآثار إرث هذا الخيار فيما إذا مات مورّثه قبل أن يعلم بالغبن، فعلى ما ذكرناه ينتقل الخيار إلى وارثه لعموم ما تركه الميت فلوارثه ومنها حق الخيار، نعم بناء على أنّ الخيار يحدث حين العلم بالغبن لا يمكن الحكم بانتقال الخيار للوارث لأنه بعد لم يثبت في حق مورّثه، إذ المفروض أنه مات قبل ظهور غبنه فلم يثبت له حق حتى ينتقل إلى وارثه.

ومنها: جواز التصرف للغابن قبل انكشاف الغبن للمغبون، فربما يقال إنّ جواز التصرفات للغابن في تلك المدة قبل علم المغبون بالغبن يدل على أنّ الخيار يحدث من حين العلم بالغبن، إذ لو كان ثابتاً من حين العقد لما جاز لمن عليه الخيار أن يتصرف في المال في زمان الخيار، وذلك لأنّ المعروف عدم جواز التصرف لمن عليه الخيار في مدّة الخيار، فحيث حكموا بجواز تصرفات الغابن في المقام قبل ظهور الغبن فمنه يستكشف أنّ الخيار يحدث من حين العلم بالغبن.

وفيه: أنّ هذا الاستكشاف إنما يصح فيما إذا كانت المسألتان كلتاهما إجماعيتين: إحداهما عدم جواز التصرف لمن عليه الخيار في زمن الخيار، وثانيتهما:

(١) البقرة ٢: ١٨٧.

جواز التصرف للغابن قبل علم المغبون بالغبن ، فإذا كانت كلتا المسألتين إجماعية فيمكننا استكشاف أنّ الخيار من حين العلم بالغبن بترتيب قياس استثنائي بتقريب أنه لو كان الخيار ثابتاً من حين العقد لما جاز للغابن أن يتصرف في المال قبل العلم بالغبن ، ولكن التصرف للغابن قبل العلم بالغبن جائز ، فليس الخيار ثابتاً من حين العقد بل إنما يحدث من زمان العلم بالغبن .

إلّا أنّ المسألتين كلتيهما خلافيتان ، وليس عدم جواز التصرف لمن عليه الخيار أمراً اتّفاقياً بل هي مسألة خلافية ، فمنهم من ذهب إلى عدم الجواز مطلقاً ومنهم من قال بجوازه كذلك ومنهم من فصّل بين البيع الخياري المشروط برد مثل الثمن فلا يجوز وبين غيره فيجوز ، كما أنّ جواز التصرف للغابن قبل العلم بالغبن ليس أمراً مسلّماً عندهم وإنما ذهب إليه بعض الأصحاب ومع ذلك كيف يصح استكشاف أنّ الخيار من زمان العلم بالغبن من مجرد جواز التصرف للغابن قبل العلم بالغبن ، ولعلّ من ذهب إلى ذلك يرى أنّ الخيار من حين العلم بالغبن كما يحتمل أن يقول بثبوت الخيار من حين العقد ، ولكنه لا يرى عدم جواز التصرف لمن عليه الخيار في زمن الخيار بل يرى جوازه ، وكيف كان فمع هذا الاختلاف لا يمكننا استكشاف أنّ الخيار يحدث من زمان العلم بالغبن من مجرد فتوى بعضهم بجواز تصرف الغابن قبل علم المغبون بالغبن .

نعم ، الانصاف أنه لا وجه للحكم بعدم الجواز في المسألة الأُولى وهي جواز التصرف لمن عليه الخيار في زمن الخيار ، وذلك لأنّ الخيار ليس حقاً متعلّقاً بالعين وإنما هو حق تعلّق بالعقد ، والعين ملك من عليه الخيار فله أن يتصرف في ملكه حتى باتلافه ، فإذا فسخ صاحب الخيار فيرجع إلى بدله إلّا في مثل البيع المشروط برد الثمن للعلم الخارجي فيه بأنّ بناء المتعاملين على عدم التصرف في العين بنقلها وبيعها ، بل لابدّ من إرجاع نفس العين عند رد مثل الثمن ، إذ لأجل التحفّظ على بقاء

العين أقدم على البيع بشرط ردّ الثمن ، وعليه فلا مانع في المقام من أن يحكم بجواز تصرفات الغابن في المال قبل ظهور الغبن مع البناء على أنّ الخيار يحدث من زمان العقد .

ومنها : تلف المبيع قبل ظهور الغبن فإنّ ظاهر الأصحاب أنّ تلفه من المغبون فلو كان الخيار ثابتاً من حين العقد لكان اللازم أن يكون تلف المبيع من الغابن لاتّفاقهم على أنّ تلف المبيع في زمن الخيار ممن لا خيار له ، فمن حكمهم بأنّ التلف من المغبون يستكشف أنّ الخيار يحدث بعد العلم بالغبن حتى لا يكون المغبون في زمان التلف ممن له الخيار ، هذا .

ولكنّك عرفت سابقاً أنّ كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له ممّا لم يرد في لسان دليل ، وإنما ورد ذلك في خصوص خياري الحيوان وشرط أيام معدودة ، فإن تعدّينا منهما إلى كل خيار فلازم ذلك أن نحكم في المقام أيضاً بأنّ تلف المبيع قبل العلم بالغبن من الغابن لأنه ليس له خيار ، وإن لم نتعد منهما إلى غيرهما فلا نحكم بذلك لا في خيار الغبن ولا في غيره من الخيارات إلّا في خياري الحيوان والشرط . وبالجملة على تقدير صحة التعدّي منهما إلى سائر الخيارات نلتزم في المقام بأنّ تلف المبيع من الغابن وهذا مما لا محذور فيه .

فالمتحصّل : أنّ جميع آثار الخيار تترتّب على العقد من حين صدوره ، فمنه يظهر الاشكال فيما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في المقام من أنّ بعض الآثار يترتّب عليه بعد العلم بالغبن وبعضها الآخر يترتّب عليه من حين صدوره وذلك لما مرّ من أنّها بأجمعها تترتّب عليه من حين صدوره ، هذا .

وقد بقي من الآثار تصرّف المغبون قبل ظهور الغبن وهل يكون تصرفه في

(١) المكاسب ٥ : ١٧٨ .

المال مسقطاً للخيار أو لا ؟ فإن قلنا بأنّ التصرف مسقط تعبّدي كما التزمنا بذلك في خصوص التصرف في خيار الحيوان حيث قلنا إنّ تقبيل الجارية ونحوه موجب لسقوط خيار الحيوان تعبّداً وإن لم يقصد به سقوطه ولم يكن راضياً به ، فلا محالة نلتزم في المقام أيضاً بسقوط خيار الغبن بتصرفات المغبون قبل العلم بالغبن .

وأمّا إذا قلنا باسقاطه بالتصرفات من باب أنها تكشف عن رضا المتصرف بالبيع لا من باب التعبّد كما هو كذلك في غير خيار الحيوان ، فلا يمكن القول بسقوط الخيار في المقام بتصرف المغبون قبل ظهور الغبن ، والوجه فيه أنه مع الجهل بالغبن لا يكون تصرفه كاشفاً عن رضاه بالغبن فلا يسقط به خياره ، هذا .

ثم إنّ ما ذكرناه في الغبن من ترتّب الآثار وتحقق الخيار من زمن العقد يأتي في كلّ خيار ثابت بالاشتراط كخياري الرؤية والعيب من حيث الخيار لا من حيث أخذ الأرش فإنه ثابت بالأخبار ، وأمّا نفس خياري العيب والرؤية فهما ثابتان بالاشتراط الضمني من دون حاجة إلى الأخبار ، فإذا اشترى شيئاً برؤيته السابقة ولم يكن المبيع باقياً على ما رآه المشتري فلا محالة يثبت له الخيار من حين العقد لأنه مشروط ببقاء العين على ما كانت عليه فبتخلّفه يثبت له الخيار وإن لم يعلم به المشتري ، هذا .

الكلام في مسقطات خيار الغبن

ثم إنّ شيخنا الأنصاري تكلّم بعد ذلك في أُمور منها : إسقاط هذا الخيار ، وله أربعة صور : وذلك لأنه إما أن يسقطه قبل العلم بالغبن وإمّا بعد العلم بالغبن ، وعلى كلا التقديرين تارةً يسقطه بلا عوض وأُخرى يسقطه مع العوض على وجه المصالحة ، أمّا إذا أسقطه قبل العلم بالغبن فلا ينبغي الاشكال في صحته بناء على ما سلكناه من ثبوت الخيار بالعقد ولو قبل ظهور الغبن ، فهو إنما أسقط خياره الثابت .

وربما يناقش في ذلك : بأنه مع الجهل بالغبن وعدم علمه به كيف يُنشئ السقوط أو كيف يتصالح عليه مع أنه لا يدري بغبنيته ، ومعه لا يتحقق منه الانشاء على وجه الجزم إلّا على نحو التعليق بأن يسقط خياره على تقدير ثبوته له بحسب الواقع أو يتصالح عليه على هذا التقدير ، والتعليق في العقود والايقاعات مبطل والاسقاط من الايقاعات .

والجواب عنها : هو ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ التعليق على بعض الاحتمالات جائز فيما إذا كان المعلّق عليه مما يتوقف صحة العقد أو الايقاع عليه عقلاً أو شرعاً فله أن يطلّق امرأة يحتمل أنها زوجته فيقول أنتِ طالق على تقدير كونك زوجتي فإنّ الطلاق من دون المزاوجة مستحيل وهو من باب تعليق الشيء على ما هو معلّق عليه واقعاً ولا مانع عنه أبداً ، ومن الظاهر أنّ إسقاط الخيار أيضاً من دون أن يثبت له خيار غير معقول ، فتعليقه عليه صحيح ولا إشكال فيه من هذه الجهة .

وأمّا بناءً على أنّ الخيار يثبت بعد ظهور الغبن فهل إسقاطه قبل العلم به صحيح ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ إسقاطه حينئذ أيضاً مما لا مانع عنه لثبوت المقتضي للخيار ومعه يصح إسقاطه .

وهذا الذي أفاده (قدّس سرّه) إن رجع إلى ما سنبيّنه عن قريب إن شاء الله تعالى فهو ، وإلّا فما أفاده لا يرفع الاشكال ، فإنّ فعلية الشيء وتحققه إنما هي بتحقق كل من مقتضيه وشرائطه وعدم مانعه ، وأمّا مجرد وجود المقتضي فإنه لا أثر له في وجود المسبّب ، ومعه لا يتحقق خيار في المقام حتى يصح إسقاطه من جهة وجود مقتضيه ، ولا يوجب خروج ذلك عن كونه من إسقاط ما لم يجب .

فالصحيح في الجواب أن يقال : إنه لا مانع من إنشاء الاسقاط فعلاً لما

---

(١) المكاسب ٥ : ١٨٢ .

سيثبت له من الخيار في ظرفه نظير الواجب المشروط وهذا أمر ممكن لا مانع عنه أبداً ، نعم في مثل المعاملات البيعية ونحوها لا يجري ذلك لأنه على خلاف المتعارف وبعضها مورد للنهي ، ولولاهما لجاز أن يبيع فعلاً ما سيشتريه بعد مدّة ، إلّا أنّه مورد للنهي ومخالف للمتعارف ، وهذا بخلاف الاسقاط فإنه مما لا مانع عنه فعلاً وإن كان الساقط أمراً سيأتي بعد ذلك في ظرفه ، ولم يرد دليل لفظي على عدم جواز إسقاط ما لم يجب حتى يؤخذ باطلاقه ، ولعلّ مدركه هو عدم تعارف ذلك في البيع وكونه مورداً للنهي في بعض الموارد الأُخر ، وكيف كان فلو كان له دليل فهو ليس إلّا الاجماع وهو غير متحقق في المقام قطعاً . وبالجملة أنّ عدم إسقاط ما لم يجب ليس برهاناً عقلياً حتى لا يمكن تخصيصه وإنما هو أمر إجماعي مدركه ما عرفت وهو غير متحقق في المقام ، وهذا هو الصحيح في الجواب ولعل ذلك مما لا إشكال فيه .

وإنما الكلام فيما إذا أسقط خياره المحتمل بتخيّل أنّ الغبن على تقدير تحققه خمس دراهم ثم ظهر أنه خمسون ، فهل يسقط خياره بذلك أو أنه يسقط بمقدار ما تخيّله دون المقدار الزائد ؟ وتفصيل الكلام في ذلك أنه ربما يسقط خياره بتخيّل أنه كذا ثم يظهر أنّ ما أسقطه مطابق للواقع أيضاً وأنّ الغبن بذلك المقدار ، وهذا مما لا إشكال فيه .

وأُخرى يسقط خياره بتخيّل أنّه خيار المجلس ثم بان أنّ خياره خيار الحيوان ، وهذا أيضاً مما لا إشكال في عدم سقوطه به لأنّ ما أسقطه غير ثابت وما هو ثابت لم يتعلّق به الاسقاط .

وثالثة يسقط خياره بتخيّل أنه خمسة دراهم ثم يظهر أنّ غبنه خمسون درهماً ، وكذا لو أسقط خياره بالغاً ما بلغ فإنه بمعنى بالغاً إلى ما بلغ بمقدار خمسة دراهم مثلاً لا بمقدار خمسين كما هو ظاهر ، فهل هذا من قبيل التقييد بمعنى أنه قيّد إسقاط خياره بما إذا كان الغبن بمقدار خمسة دراهم حتى لا يسقط فيما إذا ظهر أزيد

منه ، أو أنه من باب الداعي وتخلّفه لا يوجب البطلان ؟

فربما يقال : بعدم سقوط خياره إلّا في مقدار خمسة دراهم دون غيرها قياساً له بباب الابراء في الدين فإنه إذا كان لأحد على أحد بضعة دراهم فأبرأ ذمة المديون بتخيّل أنها خمسة دراهم ثم ظهر أنّ ذمته مشغولة بألف درهم أو أقل ، فإنه لا إشكال عندهم في عدم سقوط الدين عن ذمة المديون إلّا بمقدار خمسة دراهم وكذلك في المقام فيكون الاسقاط بتخيّل كذا راجعاً إلى باب التقييد ، هذا .

ولا يخفى عليك الفرق بين الدين والمقام فإنه انحلالي وينحل إلى ديون كثيرة حسب تعداد الدراهم مما له مالية ، فإذا قلنا إنّ عليه دين خمسين درهماً فمعناه أنّ عليه خمسين ديناً ، وعليه فإذا قصد واعتبر في نفسه أبرأ ذمة المديون عن كذا مقدار فلا محالة يكون الساقط عن ذمته ذلك المقدار ، لأنّ الحكم في غير التداعي والتحاكم مترتّب على قصده واعتباره فكأنه أدّى من دينه كذا مقدار فيبقى الباقي في ذمته ، وأمّا الشرط في المقام أعني شرط التساوي أو شرط عدم الزيادة فإنه أمر واحد لا تعدد فيه ، فإنّ القيمة السوقية إذا كانت مختلفة عن القيمة المعاملية فهو متصف بالزيادة وعدم التساوي كان الزائد واحداً أو اثنان أو مائة أو ألف ، فشرطه واحد لا أنه ينحل إلى شروط متعددة بأن شرط عدم زيادة القيمة بواحد ثم شرط عدم الزيادة باثنين وهكذا ، بل إنما اشترط شرطاً واحداً وهو التساوي أو عدم الزيادة وهو إنما أسقط شرطه ، وبما أنه أمر واحد فلا محالة يسقط ولا يبقى له بعد ذلك شرط .

فالمتحصل : أنّ باب التقييد في المقام غير معقول ، لأنّ الشرط أمر واحد لا يقبل التعدد ، فلا محالة يكون المقام داخلاً في باب الدواعي فكأنه أسقط خياره بداعي أنّ غلّته كذا مقدار ثم تبيّن أنه أزيد وهو لا يوجب البطلان ، نعم لا مانع من تعليق إسقاطه بكون الغبن بمقدار خمسة دراهم مثلاً بحيث لو كان مقداره أزيد منها

لا يكون متعلّقاً للاسقاط ، فلا يتعيّن كونه من قبيل الدواعي بعد بطلان التقييد كما ذكره شيخنا الأنصاري[١] وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّهما)[٢] بل يمكن على وجه التعليق ، بل هذا أمر متعارف عند العرف فترى أنه إذا اشترى شيئاً يحتمل فيه الغبن بدرهم أو بدرهمين يقول لا مانع منه لو كان الغبن بهذا المقدار ، وبطلان التعليق في العقود والايقاعات إنما هو من جهة الاجماع والاجماع غير متحقق في المقام قطعاً هذا كلّه في إسقاط الخيار قبل العلم بالغبن أو بعده بلا عوض سواء قلنا بأنّ الخيار يتحقق من حين العقد أو بعد ظهور الغبن .

وأمّا إذا أسقطه مع العوض على وجه المصالحة قبل العلم بالغبن أو بعده فالكلام فيه من جهتين :

إحداهما : أنّ المال في المصالحة فيما إذا كانت مع العوض لابد وأن يقع في مقابل شيء معلوم ، فإنّ المصالحة مع العوض كالبيع في صورة المصالحة فلابدّ فيها من عوض ومعوّض ، والمعوّض أعني خيار الغبن غير معلوم في المقام فيما إذا كانت المصالحة قبل العلم بالغبن ، إذ يحتمل أن لا يكون له خيار لعدم غبنه ، ومع هذا الاحتمال كيف يسوغ للمتصالح التصرف في مال المصالحة لاحتمال أنه من أكل المال بالباطل وبلا عوض وهو محرّم .

وهذا الاحتمال لا دافع له ، ودعوى أنّ المال في المصالحة في مقابل احتمال الخيار ، مدفوعة بأنّ الاحتمال كما هو ثابت قبل المصالحة كذلك باقٍ بعده ، ولا معنى للمصالحة على عدم الاحتمال ولا أثر يترتب عليه حتى تكون المصالحة عليه بلحاظ آثاره ، لأنّ الأثر مترتّب على واقع الغبن لا احتماله ، وعليه فالمتعيّن وإن عبّر شيخنا

(١) المكاسب ٥ : ١٨٠ .

(٢) منية الطالب ٣: ١٣٠ .

الأنصاري[١] بالأولى أن تكون المصالحة على الخيار المحتمل مع العوض في ضمن معاملة ولو بزيادة الثمن كما إذا قال : بعتك هذا الكتاب بدينار على أن تصالحني على خيارك على تقدير ثبوته بكذا ، أو بشرط أن يسقط خيارك على تقدير وجوده أو تسقط خيارك على تقدير تحققه ، هذا .

ولكن الصحيح هو التفصيل في ذلك بين ما إذا كان طرف المصالحة والمعوّض نفس الحقّ والخيار وما إذا كان طرفها إسقاط الخيار لا نفس الخيار ، وتوضيح ذلك : أنّ المصالحة تارةً تقع على نفس الخيار كما إذا تصالحا على أن لا يكون له خيار في مقابل كذا مقدار من المال بحيث يسقط حقّه بذلك بلا حالة انتظارية ، وهذه هي التي قلنا إنّ نتيجة المصالحة مع العوض فيها هي البيع وحكمنا ببطلان المصالحة حينئذ لعدم العلم بوجود المعوّض الذي هو الحق والخيار ، وإن كانت المصالحة عليه أو بيعه صحيحاً فيما إذا كان معلوم الوجود من أجل أنّ الحق من الأموال .

وأُخرى تكون المصالحة واقعة على فعل من أفعال مَن له الخيار بحيث يترتّب على فعله سقوط الخيار وهو إسقاطه ، لأنّ الاسقاط فعل من الأفعال فتكون المصالحة واقعة على إسقاطه في مقابل كذا ، ونتيجة هذه المصالحة هي الايجار فكأنّه استأجره على هذا العمل أعني الاسقاط ، ولا يسقط الخيار بمجرد هذه المصالحة بل لسقوطه حالة انتظارية وهي إسقاط الأجير بعد المصالحة ، نعم يملك المتصالح هذا الفعل على من له الخيار وله مطالبته به بعد المصالحة ، وبعد ما وفى من له الخيار بما وجب عليه من الاسقاط يترتّب عليه سقوط الخيار ، وهذه المصالحة صحيحة لمعلومية العوض والمعوّض فيها كما أنّ إجارته صحيحة ، فإنّ الاسقاط من الأعمال بأن يسقط حقه على تقدير ثبوته فانه عمل وثمرته عدم تشويش البائع بعد

---

(١) المكاسب ٥ : ١٨٢ .

ذلك واطمئنانه على بيعه ولو لم يكن في الواقع له حق ، فإنّ الاسقاط بما هو فعل من الأفعال قابل للمصالحة عليه ولبذل المال في مقابله ، لا بما أنه موجب لسقوط الخيار به حتى يتوقف على ثبوت الخيار ، فلذا لو لم نشترط في صحة الاجارة ترتّب الأثر عليها لصحت إجارته لمجرد هذا العمل بما هو هو أعني بـه الاسـقاط ، وحـيث إنّ المعوض في تلك المصالحة معلوم فلا مانع من صحة المصالحة ، وهذه المصالحة واقعة على الفعل ، نظير ما ذكرناه في المعاطاة من أنه ربما تكون المبادلة واقعة بين فعلين بأن يكون تمليك هذا في مقابل تمليك الآخر بحيث بعد المعاملة يجب عليه تمليك ماله وبهذا التمليك بعد المعاملة ينتقل المال إلى الآخر ، لا بنفس المعاملة كما ذكرناه في المصالحة في المقام ، إلّا أنّ غرضنا الاشكال على ما أفاده شيخنا الأنصاري[١] مـن وقـوع المصالحة على نفس الحق وقد عرفت عدم صحتها .

الجهة الثانية : أنّ المصالحة على خيار الغبن مع العوض تارةً تكون على نحو العموم بمعنى أنه يصالحه بكذا بلغ غبنه ما بلغ ولو كـان في الواقـع اُلوف الدنـانير وحينئذ فلا إشكال في سقوطه بتلك المصالحة كان أقل أم كان أكثر . واُخرى يصالح الخيار بكذا بزعم أنّ الغبن خمسة دنانير لا على نحو الاطلاق ولو بلغ ما بلغ ثم يظهر في الواقع أنّ غبنه أيضاً خمسة دنانير ، وهذا أيضاً لا إشكال في إسقاطه الخيار .

وثالثة يصالح الخيار بكذا باعتقاد أنه خمسة ثم يظهر أنّ غبنه بحسب الواقع أكثر فهل يسقط خياره حينئذ بذلك أو لا ؟ فيه احتمالات ثلاث على ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢].

الأوّل : بطلان المصالحة وعدم سقوط الخيار كبطلان الاسقاط في الاسقاط

---

(١) المكاسب ٥ : ١٨٢ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٨١ .

المجاني بدعوى أنّ المصالحة على خياره بكذا معلّقة بحسب الواقع على أن يكون غبنه خمسة دنانير ، والمفروض عدم حصول المعلّق عليه ، فلا تتحقق المصالحة لانتفاء شرطها المعلّق عليه ، فتبطل المصالحة ويكون خياره باقياً على حاله كما ذكرناه في الاسقاط المجاني بعينه .

وهذا الاحتمال ضعيف ، لأنّ تعليق المصالحة على كون الغبن كذا مقداراً أمر خارج عن الأذهان العامية ، ولا يقاس تعليق المصالحة على تعليق الاسقاط في الاسقاط المجاني كما لا يخفى .

الثاني : لزوم المصالحة وصحتها وسقوط الخيار بها من جهة أنّ الخيار حق واحد والمفروض أنه أسقطه بتخيّل أنّ غبنه كذا ، واعتقاده من قبيل الدواعي وتخلّفها لا يوجب البطلان كما أشرنا إليه في الاسقاط المجاني .

وسيأتي أنّ هذا الاحتمال أيضاً ضعيف .

الثالث الذي هو الصحيح وأمر مرتبط بين الاحتمالين والافراط والتفريط : هو أن يقال إنّ المصالحة في تلك الصورة صحيحة إلّا أنها خيارية عند ظهور الغبن بأكثر مما اعتقده ، وذلك لأنّ الخيار كما عرفته حق واحد وقد صالح عليه بكذا ، وقد اشترط في ضمن المصالحة حسب الاشتراط الارتكازي أن لا يكون الغبن أزيد من خمسة دنانير نظير اشتراط عدم الزيادة في أصل المعاملة ، وحينئذ إذا ظهر الغبن أكثر فقد تخلّف شرطه الارتكازي فهو يتمكن من أن يلتزم بالصلح ويتمسك بخياره ، وذلك لأنّ الاشتراط الارتكازي لا يفرق فيه بين البيع وغيره من المعاملات ، وتخلّف ذلك الشرط يوجب التمكن من رفع اليد عن المصالحة وعدم رفع اليد عن الخيار المتصالح عليه ، وعليه ففي المقام نلتزم بصحة المصالحة ، إلّا أنّ الغبن إذا ظهر أكثر يتمكن المغبون من رفع اليد عن المصالحة فيكون خياره باقياً على حاله .

وهذا الوجه هو الصحيح ، ومنه يظهر بطلان الوجهين السابقين ، هذا تمام الكلام في المسقط الأول .

ومن المسقطات وهو المسقط الثاني : اشتراط سقوط الخيار في متن العقد .

وقد تعرّض شيخنا الأنصاري للاشكالات الواردة على اشتراط سقوط الخيار في متن العقد في خياري المجلس والحيوان فلا نعيدها ، وقد ذكرناها مع أجوبتها هناك فليراجع ، وعمدتها هي مسألة إسقاط ما لم يجب بتقريب أنّ في زمان الاسقاط لا خيار وفي زمان الخيار لا إسقاط ، وقد عرفت الجواب عنه بما لا مزيد عليه .

ولا يخفى عليك أنّ المدرك في خيار الغبن إن كان هو الاجماع أو الرواية أعني النبوي الوارد في تلقّي الركبان أو قاعدة لا ضرر كان لتلك المناقشة وجه ، لأنّ خيار الغبن حينئذ يكون نظير غيره من الخيارات ثابتاً بجعل الشارع ، وحينئذ يمكن أن يناقش عند شرط سقوطه في ضمن العقد بأنه من إسقاط ما لم يجب أو غيره من المناقشات .

وأمّا بناءً على أنّ مدركه هو الاشتراط الضمني الارتكازي كما ذكرناه فلا يتوجه على اشتراط إسقاطه إيراد ، وذلك لأنّ خيار الغبن حينئذ يغاير سائر الخيارات من جهة أنه إنما يثبت بجعل نفس المتعاقدين واشتراطهما بلا جعل من الشارع ، فإذا اشترطا سقوطه في ضمن العقد فمعناه أنّهما لم يشترطا عدم الزيادة أو عدم النقيصة ، وعدم الاشتراط والجعل ليس إسقاطاً لما لم يجب فلا يتوجه عليه إشكال ، فلا مناقشة في اشتراط السقوط من تلك الناحية .

ولكنه مورد للاشكال من جهة أُخرى ، وهي أنّ إسقاط خياره على نحو الاطلاق ولو بلغ الغبن إلى ما بلغ غرري ، لأنه أقدم على معاملة لا يعلم بمقدار مالية

المبيع فيها ، فيكون اشتراط سقوطه على نحو الاطلاق غررياً ، كما أنّ اشتراط سقوط خيار الرؤية غرري من جهة أنّ معناه رفع اليد عن أوصاف المبيع التي رآها سابقاً والبيع بلا تلك الأوصاف غرري كما ذكره الشهيد (قدّس سرّه) في الدروس (١).

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (٢) بأنّ المعاملة في نفسها لو كانت غررية فخيار الغبن لا يوجب ارتفاعه ، لأنّ الخيار حكم شرعي وهو لا يرفع الغرر ، وإن لم تكن المعاملة غررية فوجود الخيار وعدمه لا يوجب كونها غررية هذا ، وقد تقدّم الكلام في ذلك عند التكلّم في الغرر وأنه هل يرتفع بالخيار أو لا وذكرنا هناك أنّ الخيارات التي هي مجعولات للشارع وأحكام من قبله كخياري المجلس والحيوان ونحوهما وإن كان لهذا الكلام فيها وجه ، إلّا أنّ الخيارات الثابتة بجعل المتعاقدين كخيار الشرط والغبن فهي مما يرفع الغرر الذي هو بمعنى الخطر فإنه في أيّ مورد رأى الخطر فيه فيفسخ المعاملة حيث إنهما بنفسهما جعلا ذاك الخيار فلماذا لا يكون الخيار رافعاً للغرر .

فما أجاب به (قدّس سرّه) عن إيراد الغرر غير صحيح ، إلّا أنّ أصل إشكال الغرر أيضاً ليس بوارد ، وذلك :

أوّلاً : لأنّ الغرر بمعنى الخطر على ما فسّروه إنما يتحقق في موردين : أحدهما عند الجهل بأصل وجود المبيع كما إذا باع ما في كيسه وهو غير معلوم ولعلّه لا يوجد فيه شيء . وثانيهما : عند الجهل بأوصافه التي بها تختلف الرغبات ومنها رغبة نفس المشتري كما إذا اشترى حيواناً لا يدري أنه فرس أو دجاجة ، أو اشترى فلزاً لا

---

(١) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٨٤ .

يدري أنه ذهب أو رصاص ، فإنّ المعاملة في أمثال ذلك خطرية ، لأنه لا يعلم بما دخل في ملكه وفي مقابل أي شيء رفع يده عن ماله .

وأمّا إذا كانت الأوصاف المقوّمة لمالية المبيع الموجبة لاختلاف الرغبات معلومة وكان أصل وجود المبيع أيضاً معلوماً للمتبائعين وقد أقدما على بيعه بكذا مقدار من الثمن نفرضه مائة دينار ، فلا تكون المعاملة غررية وإن لم يعلما بالقيمة السوقية ، وذلك لأنّ القيمة السوقية والمالية بحسب السوق أمر اعتباري ، ولا وجه لكون المعاملة عند الجهل بالأمر الاعتباري غررية حيث إنّ معناه الجهل بأنّ غيري هل يشتري ذلك بهذه القيمة أو لا ، ومجرد الجهل بذلك مع العلم بأصل المبيع وأوصافه التي باختلافها تختلف الرغبات ومنها رغبة المشتري لا يوجب الغرر وإلّا لكانت المعاملة فيما إذا لم تكن هناك سوق باطلة كالمعاملة في الصحاري والجبال التي لا سوق فيها ولا مشتري سواه ، أو فرضنا أنّ الانسان العاقل في العالم منحصر بالمتبايعين أفهل تكون المعاملة غررية حينئذ من أجل الجهالة بأنّ المبيع هل يشتريه غيرنا بتلك القيمة أو لا .

وبعبارة واضحة : أنّ الجهل بأصل وجود المبيع أو الجهل بأوصافه الدخيلة في الرغبات يوجب الجهالة بما ينتقل إليه في مقابل ما يبذله ولو مع انحصار الانسان العاقل بالمتبايعين أو فيما ليس هناك سوق كالصحاري ، فإنه مع الجهل بهما لا يدري أنّ ما دخل في ملكه ماذا أفهل هو ممّا يرغب إليه أو مما لا يرغب إليه ، أو أنه موجود أو غير موجود ، وهذا يوجب الخطر ، بخلاف الجهل بمجرد القيمة السوقية ومقدار مالية المال عند غيرهما مع العلم بأصل الوجود وأوصافه الدخيلة في زيادة الرغبة فإنه لا يمنع عن العلم بما دخل في ملكه في مقابل ما يبذله ولا يبقى في البين إلّا مجرد عدم العلم بأنّ غيره يشتريه بهذه القيمة أو لا ، وهذا لا يشترط في صحة المعاملة وإلّا لما صحت المعاملة في الصحاري وعند فرض انحصار الانسان بهما ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّ العلم بالقيمة السوقية لو كان دخيلاً في صحة المعاملات للزم اشتراط العلم بالقيمة السوقية في بيع السلم بأن يقال إنّ المتبايعين لابدّ من أن يعلما بقيمة المبيع في ظرف تسليمه عند بيعه قبلاً لاحتمال أن تكون القيمة السوقية بعد سنة ضعف القيمة الفعلية ، وهذا مما لم يقل به أحد من الفقهاء ولا العقلاء .

وثانياً : هب أنّ العلم بالقيمة السوقية شرط في صحة المعاملة وأنّ الجهل بها يوجب الغرر ، إلّا أنّ النسبة بين إسقاط الخيار والغرر عموم من وجه ، فلعلّه عند إسقاطه مطمئن بعدم زيادة القيمة السوقية أو نقيصتها عن الثمن ، فمجرد الاسقاط لا يوجب الجهل بالقيمة حتى تكون المعاملة خطرية وغررية ، ومجرد كون القيمة السوقية أكثر بحسب الواقع لا يوجب أن تكون المعاملة غررية ، لما ذكرناه في محلّه من أنّ المناط في الغرر هو الحالة الوجدانية حال البيع ، فإذا لم يحتمل الخطر في حال المعاملة فهي ليست غررية ولو ظهر بعد ذلك أنّ القيمة السوقية أكثر ، وكيف كان فليس إسقاط الخيار ملازماً للغرر بل النسبة بينهما عموم من وجه .

ومما ذكرناه في المقام يظهر الجواب عن إشكال الغرر عند إسقاط خيار الرؤية ، فإنّ إسقاط الخيار لا يلازم رفع اليد عن الأوصاف المرئية بل لعلّه مطمئن ببقاء المبيع على أوصافه لقلّة المدّة وعدم الفصل الطويل بين زمان الرؤية وزمان المعاملة ، أو من جهة العلم ببقائه على حاله ، ومعه لا تكون المعاملة غررية . فالظاهر أنّ إسقاط الخيار في الغبن والرؤية مما لا يوجب الغرر ، بل يمكن إسقاط خيار العيب أيضاً فإنه إذا باعه أمة مبتلاة بالسل أعاذنا الله منه ومن نظائره بحيث لا يمكن الاستفادة منها ولا التداني إليها ولا التكلّم معها لاحتمال سراية السلّ منها واشترط على المشتري سقوط الخيار وقبله المشتري وأسقط خياره واشتراها بما هي عليها من الأوصاف كائنة ما كانت باطمئنان منه بصحة الأمة أو باعتماده على أصالة السلامة إذا قلنا إنها أصل عقلائي ، فهل تكون المعاملة غررية مع أنه حين

البيع لا يحتمل الخطر .

وبالجملة : لا وجه لدعوى الغرر عند إسقاط الخيار أبداً فيصح إسقاط الخيار ، لأنّ تساوي القيمتين في خيار الغبن أو الصحة في خيار العيب ليسا مصححاً للمعاملة حتى تبطل المعاملة بعدمهما وإسقاطهما ، وإنما ثبتا من جهة الاشتراط الضمني الارتكازي وبه قلنا بثبوت الخيار عند تخلّفه ، فإذا بنى المتعاملان على المعاملة ولو مع كون المبيع معيوباً أو القيمة السوقية غير متساوية فلا محالة يسقطان شرطهما الارتكازي فلا يثبت لهما الخيار حينئذ عند تخلّفه ، وهذا ظاهر .

الثالث من المسقطات : تصرف المغبون فيما انتقل إليه .

وقد ذكروا أنه من المسقطات فيما إذا كان بعد العلم بالغبن ، وأمّا قبل العلم به فلا يكون التصرف مسقطاً للخيار ، على خلاف خياري التدليس والعيب حيث إنّ التصرف فيهما مطلقاً مسقط لهما كان قبل العلم أم بعده ، وعليه فيقع الكلام في وجه التفصيل في هذا الخيار بين كون التصرف قبل العلم بالغبن وكونه بعده فنقول : إن أرادوا من ذلك أن التصرف بعد العلم بالغبن كاشف عن رضاه بالعقد وطريق إلى التزامه به الراجع إلى إسقاطه الخيار ، وهذا بخلاف ما إذا كان التصرف قبل العلم به فإنه لا كاشفية له عن الرضا ولا يرجع إلى إسقاط الخيار ، فهذا التفصيل متين وذلك لما عرفت من أنّ إسقاط الخيار من أحد المسقطات ولا يفرق في الاسقاط بين اللفظي منه وغيره ، فكما أنّ اللفظ يكفي في إسقاط الخيار فكذلك الفعل يكشف عن رضاه بالعقد وإسقاطه الخيار وهذا ظاهر ، إلّا أنّ ذلك يختص بالتصرفات التي لها ظهور نوعي في إسقاط الخيار كما إذا تصرف فيه بداعي إسقاطه .

وأمّا إذا أراد التصرف فيه من غير إرادة إسقاط خياره بل بانياً على ردّه بعد ذلك التصرف كما إذا كان المبيع لحافاً وكان الهواء في غاية البرودة فأراد الانتفاع به ليلاً ثم يردّه إلى مالكه نهاراً ، أو ركب الدابة في طريق ردّها إلى مالكها ، فإنّ

التصرف في هذه المقامات لا يكشف عن إسقاط الخيار ولا عن رضا المتصرف بالعقد ، فلا يكون موجباً لسقوط الخيار حينئذ ولو كان بعد العلم بالغبن ، كما أنّ التصرف قبل العلم بالغبن يمكن أن يكون مسقطاً له ، وذلك لما ذكرناه في الاسقاط من أنّ إسقاط الخيار قبل العلم بثبوته على وجه التعليق والتقدير يوجب سقوطه وعليه فإذا تصرف في المبيع بانياً على الالتزام بالعقد على تقدير ثبوت الغبن له فلا محالة يكون ذلك كاشفاً عن رضاه بالعقد وإسقاطه الخيار على وجه التعليق .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنه لا موضوعية لما قبل العلم وبعده بأن يكون نفس عنوان التصرف قبل العلم غير موجب للسقوط ويكون عنوان التصرف بعد العلم موجباً له ، بل هما طريقان بحسب العادة إلى الرضا والاسقاط وعدمهما ، فلذا ذكرنا أنه في موارد عدم الطريقية والكشف عن الاسقاط والرضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد كون التصرف بعد العلم ، أو عدم سقوطه لأجل أنّ التصرف قبل العلم ولم يرد دليل على أنّ التصرف بعد العلم بما هو هو موجب لسقوط الخيار كما ورد ذلك في خيار العيب وأنّ التصرف في المعيوب يسقط الخيار وتنتهي النوبة إلى الأرش كان ذلك قبل العلم أم بعده . نعم ما ذكروه في خيار التدليس من سقوطه بالتصرف مطلقاً لا دليل عليه ، لما مر من أنّ عنوان التصرف لم يدل دليل على كونه موجباً لسقوط الخيار فلا موضوعية له في ذلك ، ولا يوجب السقوط إلّا فيما إذا رجع إلى الاسقاط وكان كاشفاً نوعياً عن رضا المتصرف بالعقد .

والوجه فيما ذكرناه : أنّ المدرك في خيار الغبن إما هو قاعدة لا ضرر كما تمسك بها شيخنا الأنصاري[1] وجماعة ، ومن الظاهر أنّ مقتضاها ثبوت الخيار للمغبون قبل التصرف وبعده ، فإنّ تصرفه فيه لا يرفع الضرر فلا يكون العقد لازماً عليه

(١) المكاسب ٥ : ١٦١ .

لأنّ الحكم بلزومه ضرري ، ولازم ذلك أن لا يوجب التصرف سقوط الخيار بناءً على أنّ مدركه قاعدة نفي الضرر ، نعم لو أقدم على المعاملة مع العلم بالغبن لا تشمله تلك القاعدة ، لأنها على خلاف الامتنان حينئذ ، إذ المفروض أنه بنفسه أقدم على ضرره فالحكم برفعه على خلاف الامتنان ، وأمّا في غير صورة الاقدام فقد عرفت أنه لا مانع من شمول القاعدة لما بعد التصرف ومقتضاها عدم لزوم المعاملة بذاك التصرف . وبالجملة في غير موارد الاقدام على الضرر من الابتداء كما إذا أقدم على المعاملة مع العلم بالغبن أو بحسب الاستدامة كما إذا تصرف في المبيع بقصد إسقاط خياره ، لا مانع من شمول حديث نفي الضرر ، تصرف فيما انتقل إليه أم لم يتصرف فيه .

وإمّا مدركه ما ذكرناه من الاشتراط الضمني أعني اشتراط تساوي القيمتين ، وهذا أيضاً غير قاصر الشمول لما بعد التصرف ، وذلك لأنّ تخلّف الاشتراط الضمني يوجب الخيار سواء تصرف معه فيما انتقل إليه أم لم يتصرف فيه ولازمه عدم سقوط الخيار بمجرد التصرف في المال ، والفرق بين ما ذكرناه وسابقه بعد شمول كل واحد منهما لما بعد التصرف ، أنّ الخيار في الأول مجعول شرعي وفي الثاني مجعول من قبل المتبايعين حسب اشتراطهما الضمني .

وبالجملة : أنه لا وجه لرفع اليد عن الخيار المجعول شرعاً أو عند المتبايعين بمجرد التصرف ، اللهم إلّا أن يدلّ دليل على أنّ التصرف مسقط للخيار كما دلّ في خيار الحيوان وهو مفقود ، ومع فقده لا يمكن رفع اليد عن المجعول .

نعم ، لو اعتمدنا في المقام على الاجماع وقلنا إنه المدرك في خيار الغبن فالمقدار المتيقّن منه هو الخيار قبل التصرف وأمّا بعد التصرف فيه فلا إجماع على الخيار وعدم لزوم العقد ، وحينئذ فيقع الكلام في جريان استصحاب الخيار الثابت بالاجماع قبل التصرف فيما إذا شككنا في بقائه بعد التصرف فيه وعدمه ، وأنّ الشك

حينئذ من قبيل الشك في الرفع أو أنه من الشك في الدفع .

وتوضيح ذلك : أنّ التصرف وعدمه هل هما من العناوين المقوّمة لموضوع الخيار وعدمه نظير عنوان المسافر والحاضر والاجتهاد والعدالة ، أو أنهما من قبيل الحالات الطارئة على موضوع الخيار ، فربما يتوهم أنّ التصرف وعدمه من العناوين المقوّمة نظير عنوان المسافر والحاضر فانهما وإن كانا متحدين في الواقع لا محالة ، لأن المسافر هو ذلك الشخص قبل ساعة كما أنّ الحاضر هو ذلك الشخص بعد ساعة ، والأحكام أيضاً مترتبة على نفس ذلك الشخص كوجوب القصر أو التمام ، إلّا أنه مع ذلك إذا أُلقي خطاب يجب القصر على المسافر إلى العرف ، فلا محالة يستفاد منه أنّ لعنوان المسافر مدخلية في وجوب القصر كما أنّ لعنوان الحاضر دخالة في وجوب التمام ، وكذلك فيما إذا قيل قلّد المجتهد أو صلّ خلف العادل ، فإنّ ظاهره أنّ عنوان المجتهد أو العادل تمام الموضوع وله دخل في وجوب التقليد والائتمام ، فإنّ الائتمام أو التقليد وإن كان على ذات المجتهد والعادل إلّا أنّ لذلك العنوان أعني عنواني الاجتهاد والتقليد مدخلية في جوازهما .

وعدم التصرف أيضاً من هذا القبيل فإنّ الخيار مترتّب على المعاملة الغبنية التي لم يتصرف المغبون فيها فيما انتقل إليه ، فلعدم التصرف دخالة في تحقق الخيار وعليه فلا يمكن جريان استصحاب الخيار في المقام بعد تصرف المغبون فإنه حينئذ يشبه القياس ويكون من قبيل إسراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر ، لارتفاع موضوع الحكم بواسطة التصرف ، كما لا يمكن استصحاب وجوب القصر في من كان مسافراً ثم حضر قبل خروج وقت الصلاة ، أو استصحاب وجوب التمام في صورة العكس لارتفاع موضوع السفر والحضر في المسألتين . وكذا في من زال اجتهاده أو عدالته فإنه لا يمكن في مثله استصحاب جواز تقليده أو ائتمامه لارتفاع موضوعيهما نعم لو قلنا بأنّ عدم التصرف من قبيل الحالات لا المقوّمات لم يكن ذلك مانعاً عن

جريان استصحاب الخيار في المقام، ولعلّ هذا هو مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من قوله: إلّا أن يقال إنّ الشك في الرفع لا الدفع فيستصحب فتأمّل[١] كما جزم به شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] هذا.

والظاهر أنّ عدم التصرف والتصرف ليسا من مقوّمات موضوع الخيار وإنّما هما من حالاته، وذلك لأنّ تمام الموضوع للخيار هو الغبن ولا مدخلية في ثبوته لشيء آخر أبداً، وعليه فلا مانع من استصحاب الخيار بعد التصرف فيما إذا شككنا في بقائه وارتفاعه فيما إذا كان المدرك فيه هو الاجماع بناءً على ما ذكرناه في محله[٣] من أنّ الاستصحاب كما يجري فيما ثبت بالأدلة اللفظية كذلك يجري فيما ثبت بالدليل اللبّي وهو الاجماع.

اللهمّ إلّا أن يقال بما ذكرناه في محله[٤] من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية وحينئذ فلا يجري استصحاب بقاء الخيار بعد التصرف، وعليه فلابدّ من الرجوع إلى دليل آخر ومقتضى ذلك الدليل هو اللزوم في المقام، وذلك لأنّ الاطلاقات والعمومات الواردة في أبواب المعاملات تقتضي اللزوم مطلقاً، وقد خرجت عنها المعاملة الغبنية التي لم يتصرف المغبون فيها فيما انتقل إليه، فإنّ حكمها الجواز، فإذا تصرف فيه المغبون فمقتضى تلك العمومات هو اللزوم وعدم جواز الفسخ بعد التصرف فيما إذا كان مدرك الخيار هو الاجماع.

الرابع من المسقطات: عدّوا من جملة المسقطات تصرف المشتري المغبون

---

(١) المكاسب ٥: ١٨٥.

(٢) منية الطالب ٣: ١٣٥.

(٣) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨): ٣٦.

(٤) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨): ٤٢.

قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك ، وقد اشتهر ذلك بين المتأخرين بل إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أسنده إلى الشيخ أيضاً حيث إنه ذكر في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد ، والوجه في إسناد ذلك إلى الشيخ هو اتّحاد خيار البيع مرابحة مع خيار الغبن على ما ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد[٢] وكيف كان فسقوط الخيار بتصرف المغبون تصرفاً مخرجاً عن الملك قبل العلم بالغبن هو المشهور عند الأصحاب ، وهذا الكلام مما لا إشكال فيه بناءً على أنّ مدرك هذا الخيار هو الاجماع لأنه دليل لبّي يقتصر فيه على المقدار المتيقّن وهو زمان عدم تصرف المغبون في المبيع تصرفاً مخرجاً عن الملك ، وأمّا بعد تصرفه فلا إجماع على ثبوت الخيار .

وأمّا إذا كان مدركه دليل لا ضرر أو الشرط الضمني كما سلكناه فلا مجال لهذا الكلام .

أمّا بناءً على الشرط الضمني فلأنّ المفروض تخلّف ذلك الشرط وعدم تساوي القيمتين ، وبذلك يثبت له الخيار سواء تصرف في المال أم لم يتصرف ، اللهم إلّا أن يقوم إجماع على سقوط الخيار عند تصرف المغبون في المال كما ربما يظهر من كلام الشهيد الثاني (قدّس سرّه)[٣] حيث ذكر في آخر كلامه أنّ تصرف المغبون لا يمنع خياره إن لم يكن الحكم إجماعياً ، وحينئذ يمكن أن يرفع اليد عن حق المشتري الثابت له بتخلّف شرطه بذلك الاجماع ، إلّا أنّ انعقاد إجماع على سقوط خيار المشتري عند تصرفه فيه تصرفاً مخرجاً عن الملك غير محتمل احتمالاً عقلائياً ، لأنّ

---

(١) المكاسب ٥ : ١٨٧ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٣١٨.

(٣) الروضة البهية ٣ : ٤٦٦ .

القدماء لم يتعرّضوا لهذه المسألة ومن تعرّض منهم أو من المتأخرين لحكمها فإنما ذهبوا إلى سقوط الخيار عند تصرف المشتري بدليل آخر ولم يثبت إجماع تعبّدي على السقوط ، وهذا ظاهر .

وأمّا دليل لا ضرر فإنه كما عرفت ينفي اللزوم من جهة أنه ضرري على المشتري بلا نظر فيه إلى بقاء العين وعدمه ولزوم المعاملة ، كما أنه ضرري قبل تصرف المشتري في المال كذلك ضرري بعد تصرفه ، فلا وجه لسقوط خياره وصيرورة المعاملة لازمة بعد تصرف المشتري في المال .

نعم ، ربما يتوهم عدم جريان دليل لا ضرر بعد التصرف بوجهين :

أحدهما : وهو ناظر إلى نفي المقتضي لجريان دليل لا ضرر بتقريب أنّ دليل لا ضرر لا يشمل موارد إقدام المشتري على ضرر نفسه ، وتصرفه في المال إقدام منه على ضرره ولو حال الجهل بالغبن ، ومعه لا يجري الدليل لأنه على خلاف الامتنان .

والجواب عن ذلك : ما ذكره الشهيد (قدّس سرّه)[1] من أنّ الاقدام فرع العلم بالضرر ومع الجهل بغبنه وضرره لا معنى لاقدامه على ضرر نفسه .

وثانيهما : وهو راجع إلى إبداء المانع عن جريان دليل لا ضرر ببيان أنّ لزوم المعاملة وعدم تمكن المشتري من الفسخ بعد تصرفه وإن كان ضررياً عليه ، إلّا أنّ عدم لزوم المعاملة والحكم بجواز فسخ المشتري أيضاً ضرري على البائع ، لأنّ لازم ذلك رجوع بدل المبيع إلى الغابن وعدم تملّكه لعين ماله وهو ضرر ، فبما أنّ الضررين متعارضان فلا يشملهما الدليل .

---

(١) الروضة البهية ٣ : ٤٦٥ .

والجواب عنه : ما أشار إليه الشهيد (قدّس الله روحه)[1] بأنّ قبول الغابن بدل ملكه ليس فيه أي ضرر عليه ، إذ المبيع إن كان مثلياً فردّ مثله إليه لا يوجب الضرر عليه ، لأنّ الخصوصيات الفردية في المثليات لا تقابل بالمال فلا تفوته مالية ماله ، كما أنه إذا كان قيمياً لا يكون ردّ بدله وقيمته إليه ضررياً ، إذ المفروض أنه رفع يده عن خصوصية ماله وكان بصدد تبديله فإذا ردّ إليه بدله فلا يتوجه إليه ضرر بوجه . نعم ربما تكون الخصوصيات مورداً للأغراض الشخصية كما إذا كان المبيع كتاباً فيه خطّ جدّه المرحوم وقد فاته ذلك بقبول بدله ، إلّا أنّ الضرر عبارة عن النقص في المال ولا يصدق الضرر على فوت الأغراض الشخصية أبداً . إذن لا مانع من بقاء خياره بعد تصرفه في المال بعد وضوح أنّ الخيار يتعلّق بالعقد دون العين ، فبقاء العين وزوالها لا ربط له بالخيار ولعلّه ظاهر ، هذا .

ثم لا يخفى أنه لا فرق فيما ذكرناه بين البائع والمشتري ، فإذا فرضنا أنّ البائع مغبون وقد تصرف في الثمن قبل علمه بالغبن تصرفاً مخرجاً له عن الملك فهذا لا يمنع عن خياره بعده ولا يوجب ذلك سقوط حقه بوجه . نعم لو كان المدرك في سقوط خيار المغبون بالتصرف هو الاجماع أمكن الفرق بين المشتري المغبون والبائع المغبون ، لأنّ المقدار المتيقّن منه هو المشتري دون البائع المغبون ، ولكنّك عرفت أنّ انعقاد الاجماع على السقوط أمر غير محتمل .

ثم إنه لا فرق في التصرف المخرج عن الملك بين التلف الحقيقي والتلف الحكمي ، كما لا فرق على الثاني بين خروجه عن صفة الملكية وبين بقائه على الملك والجامع عدم التمكن من الرد كما يظهر من عباراتهم كقولهم : هل يسقط خياره فيما إذا تصرف في المبيع تصرفاً يستحيل معه ردّه إلى مالكه ، وتعليلهم سقوط الخيار

---

(١) الروضة البهية ٣ : ٤٦٥ .

بعدم إمكان ردّه إلى مالكه .

وكيف كان ، فتارةً يتصرف المشتري المغبون في المال تصرفاً متلفاً له حقيقة كما إذا كان المبيع خبزاً فأكله ، وأُخرى يتصرف فيه تصرفاً متلفاً له حكماً ، وهذا على قسمين :

فإنّ إتلافه تارةً يوجب خروجه عن ملك المشتري ويزيل صفة المملوكية له مع وجوده في نفسه ، وهذا كما إذا نقله إلى ملك شخص آخر كبيعه منه ، أو يزيل صفة المملوكية منه مطلقاً ، وهذا كالعتق فإنه يخرج العبد عن المملوكية للمشتري وغيره مع ثباته في نفسه .

وأُخرى لا يوجب التصرف خروجه عن وصف المملوكية للمشتري إلّا أنه مع ذلك لا يتمكن من ردّه ، وهذا كالاستيلاد في الأمة فإنه لا يخرجها عن ملك سيدها إلّا أنه يمنع عن ردّها وإخراجها عن ملكه ، وجميع ذلك مشترك في عدم إمكان ردّ المبيع إلى الغابن ، فعلى ما ذهب إليه المشهور لا يتمكن المشتري من الفسخ بعد تلك التصرفات .

ثم إنّ التصرف فيه بمثل الهبة الجائزة أو البيع الجائز ونحوهما مما يتمكن المشتري معه من إرجاعه إلى ملكه هل يلحق بالتصرفات اللازمة ويمنع عن الفسخ على المشهور أو لا يلحق بها ولا يوجب سقوط خياره ؟ ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) أنّ التصرفات الجائزة كاللازمة من حيث إنّ مقتضى الفسخ إرجاع الملك إلى الغابن من ملك المغبون ، وهذا غير ممكن عند إخراجه عن ملكه مطلقاً ، كان الاخراج لازماً أم كان جائزاً ، نعم له إيجاد موضوع الفسخ فيما إذا كان تصرفه من التصرفات الجائزة إلّا أنه أمر آخر وهو لا يوجب صحة الفسخ لما

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٤٤ .

عرفت .

وذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) إلى أنّ التصرفات الجائزة حيث لا تمنع عن إرجاع المبيع إلى ملك المغبون لا توجب سقوط خياره لتمكّنه من ردّه إلى مالكه ، هذا .

ويمكن أن يقال : إنّ فسخ المغبون حينئذ بنفسه يوجب انفساخ التصرفات الجائزة بلا حاجة إلى فسخها وإبطالها قبل ذلك وتوضيح ذلك : أنّ الفسخ عبارة عن إرجاع مال البائع إلى البائع ومال المشتري إلى المشتري ، فإذا أراد المغبون فسخ المعاملة فلازمه أن يخرج المبيع عن ملك المشتري الثاني أو الموهوب له ويرجعه إلى ملك الغابن ويرجع الثمن إلى ملكه ، وهذا بعينه معنى الفسخ ولا إمكان له بغير ذلك النحو فإنّ الفسخ بدون إرجاع ملك البائع إليه مما لا معنى له ، نعم لابدّ من أن يدخل المبيع في ملك المشتري آناً ما ثم منه ينتقل إلى البائع ، فالفسخ يلازم رفع اليد عن التصرف السابق وإلّا فلا يتعقّل له معنىً .

بقي الكلام في التصرف فيه بمثل الاجارة فهل تمنع الاجارة عن الفسخ أو لا ؟ الظاهر أنّ الاجارة لا تمنع عن فسخ المشتري وخياره ، لبقاء عين المبيع في ملكه وتمكنه من إرجاعه إلى الغابن ، وإنما لا يتمكن من إرجاع منافعها إليه فيضمن له قيمة المنافع وبدلها ، ولا وجه لسقوط خياره بعد تمكنه من ردّ عينه .

والمتحصّل إلى هنا : أنّ تصرّف المغبون في المال بأيّ نحو من أنحاء التصرفات لا يسقط خياره ، سواء كان تصرفه مخرجاً عن الملك أو كان على نحو آخر ، ومن ذلك يظهر أنّ إخراج منافع العين عن الملك بالاجارة لا يمنع عن الخيار بطريق أولى لتمكّنه من ردّ العين حينئذ .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٠ .

بقي الكلام فيما إذا تغيّرت العين بالامتزاج أو بنقيصة أو بزيادة عينية أو حكمية .

أمّا التغيّر بالامتزاج فالبحث فيه يقع في مقامين : أحدهما في أنّ المزج والامتزاج هل يمنعان عن الفسخ ويسقطان الخيار أو لا ؟ وقد ظهر حكم ذلك مما قدّمناه فإنّ التصرف المخرج عن الملك لا يسقط الخيار فكذلك الامتزاج سواء كان بالمساوي أو بالأعلى أو بالأدنى ، وسواء امتزج بمال المشتري أو بمال غيره .
ثانيهما : أنّ المغبون إذا فسخ بعد الامتزاج هل يجب عليه ردّ نفس ملك الغابن إليه أو ردّ بدله ؟

فنقول : إنّ الامتزاج يوجب الشركة وفي الشركة قولان :

أحدهما : أنّ الشريكين كل منهما يملك كل نصف متصور في المال حسب انقساماته غير المتناهية على القول بعدم الجزء الذي لا يتجزّى ، فكل من الشريكين مستقل في المالكية ولا قصور فيه ، وإنما النقص والقصور في المال ، لأنّ المملوك لكل منهما هو نصفه لا جميعه استقلالاً ، وكل واحد من المملوكين معلوم معيّن في علم الله تعالى وإن انضم أحدهما إلى الآخر ولا يتميّزان ، فالمالكان مستقلان والمملوك ناقص وغير مستقل لأنه نصف المال .

وثانيهما : أنّ الشريكين مالكان للمال ، فهو كما أنه ملك هذا الشريك ملك للشريك الآخر ، فالمملوك مستقل ولا نقص فيه وإنما المالك ناقص وغير مستقل لأنهما بما هما مالك واحد ومنزّلان منزلة شخص فارد طرف للعلقة الملكية ، فكل منهما نصف المالك للمال ، والقول الأول هو المعروف .

وعلى كلا القولين الامتزاج يلحق بالنقل اللازم فيجب ردّ البدل ، وذلك لأنه إذا اشترى المغبون زيتاً فمزجه بزيت شخص آخر أو اشترى حنطة أو ماء فمزجهما بحنطة أو ماء شخص آخر ، فعلى الوجه الأول في باب الشركة ينتقل نصف زيت

المغبون إلى ملك مالك الزيت الآخر بازاء نصف زيت ذلك المالك ، لأنه ينتقل إلى ملك المغبون حينئذ ، فيكون كل واحد منهما مالكاً مستقلاً لنصف مجموع المالين إذ لولا انتقال نصف ملك المغبون إلى ملك صاحب الزيت وبالعكس لما حصلت الشركة ، ولا معنى للشركة الظاهرية كما ذكره في العروة[1] بأن يقال ببقاء كل من الزيتين في ملك مالكهما بلا نقل وانتقال من أحدهما إلى الآخر ، فإنّ معنى ذلك عدم حصول الشركة فلا تغفل .

وعليه فإذا فسخ المغبون فلا يتمكن من إرجاع ملك الغابن إليه ، إذ المفروض أنّ نصفه قد انتقل إلى ملك شخص آخر بنقل لازم لأجل الشركة ، فمع عدم بقائه على ملكه لا يجوز للغابن أن يطالبه بعين ماله ، فلابدّ للمغبون من أن يردّ قيمة العين أو مثلها .

وأمّا على الوجه الثاني في باب الشركة فربما يتوهم بقاء المملوك على حاله إذ المفروض أنّ النقص إنما حصل في المالكين لا في المملوك فلا مانع من ردّه .

ولكن النظر الدقيق يقتضي خلافه ، وذلك لأنه بالأخرة يرجع إلى الوجه السابق فيكون ملك الغابن الذي هو منّ من الحنطة مثلاً منّين بانضمامه إلى منّ من الحنطة لشخص آخر ، وذلك لأنّ الفرض أنّ مجموع المالين ملك لهذا الشريك وملك للشريك الثاني والنقص في طرف المالك دون المملوك . وبالجملة أنّ منّ الحنطة للمغبون قد زاد بالامتزاج وصار منّين ، وهذا المجموع أي المنّان ملك للمغبون كما أنه ملك لمالك المنّ الآخر ، فالنقص في طرف المالك فإنه بمنزلة نصف المالك لمجموع المنّين ، ونصفه الآخر هو الشريك الآخر ، ولا نقص في المملوك ، فإذا صار المنّ منّين فقد تغيّر ملك الغابن على نحو لا يمكن تميّزه عن غيره فلا يمكن ردّه

(١) العروة الوثقى ٢ : ٤٧٥ .

فينتقل الأمر إلى بدله ، وهذا ظاهر .

وأمّا إذا تغيّر بالنقيصة كما إذا اشترى فرشاً فتعيب عنده بحرق أو خرق ، فإن رضي الغابن حينئذ بردّ ذلك الناقص إليه يجب على المغبون أن يدفع إليه نفس ملكه لأنّ وصف الصحة حقّه وله إسقاطه ولا يجوز له الاباء إلّا عن دفع ماله خالياً عن العيب ، وأمّا إذا لم يرض به المالك فلا إشكال حينئذ في وجوب ردّ بدله إليه لتعذّر إرجاع ملك الغابن إليه كما أخذه .

وأمّا التغيّر بالزيادة العينية كما إذا اشترى عبداً صغيراً فكبر عنده وصار رجلاً ، أو اشترى أشجاراً صغاراً فغرسها ثم كبرت في ملكه حتى صارت أشجاراً عظيمة ، فهو أيضاً لا يوجب سقوط الخيار ، إلّا أنّ الغابن لا يتمكن من مطالبة عين ملكه لتغيّرها وعدم بقائها على حالتها الأُولى بل يجب على المغبون دفع بدلها إليه .

وأمّا التغيّر بالزيادة الحكمية كما إذا اشترى شيئاً ثم ترقّت قيمته السوقية أو ترقّت قيمته لحصول بعض الكمالات له كما إذا كان المبيع عبداً عاميّاً ثم صار عالماً عند المغبون بالخياطة أو بالبناية أو بالفقه ونحوها بلا حصول تغيّر وزيادة له في بدنه ، فهو كما عرفته لا يسقط الخيار ، إلّا أنّ الغابن يتمكن حينئذ من مطالبة نفس ملكه لبقائه على حاله وعدم تغيّره عمّا كان عليه .

ثم يقع الكلام في مسألتين :

الأُولى : أنه إذا قلنا بسقوط الخيار بالتصرفات المخرجة عن الملك وتصرف فيه المغبون باخراجه عن ملكه ، فهل يسقط خياره بذلك مطلقاً حتى أنّ المال لو عاد إلى ملكه ثانياً بفسخ أو إرث أو هبة أو شراء لا يتمكن من الفسخ لسقوط خياره أو أنّ سقوط خياره موقّت ومحدود إلى زمان عدم التمكن من ردّ العين والملك فإذا عاد إليه الملك بالفسخ أو الارث أو غيرهما فلا محالة يتمكن من الفسخ لبقاء خياره .

الثانية : أنه هل يجب على المغبون أن يدفع العين بعد عودها إليه ثانياً إلى الغابن لأنها ملكه وإنما جاز ردّ بدلها من جهة عدم التمكن من ردّها ، فإذا تمكّن منه فلا محالة يجب عليه ردّها إلى مالكها وهو الغابن ، أو لا يجب عليه ردّها إليه لأنها خرجت عن ملكه بردّ بدلها فرجوعها إلى المغبون كانتقالها إلى شخص آخر ، إذ لا يفرق للغابن بين انتقالها إلى شخص آخر وانتقالها إلى المغبون ثانياً .

أمّا المسألة الأُولى : فقد عرفت عدم سقوط خياره بالتصرف المخرج عن الملك من الابتداء ، وعلى تقدير تسليم سقوطه باجماع أو شهرة ونحوهما فلا محالة نقتصر على المورد المتيقن وهو ما إذا لم يعد إلى المغبون ثانياً ، وأمّا إذا رجع الملك إليه بفسخ أو هبة ونحوهما فلا إجماع على سقوط خياره ، وهذا ظاهر .

والعمدة هي المسألة الثانية : فهل يجب على المغبون ردّ العين إلى الغابن بعد ما رجعت إليه ثانياً لأنها ملكه ، أو لا يجب عليه ردّها لأنه ملك جديد وهو كانتقاله إلى شخص ثالث سيّما مع ترتّب الأيادي وانتقالها إلى المغبون بعد اليد الثالثة ، أو يفصّل بين ما إذا كان ملك المغبون ثانياً من شؤون ملكه السابق فيجب عليه ردّها إلى الغابن لأنه كملكه السابق ، وهذا كما إذا باعه المغبون أوّلاً ثم أزاله بالاقالة أو الفسخ الذي معناه إرجاع الملكية السابقة ، وما إذا كان ملكه ملكاً جديداً بسبب آخر غير السبب الأول ، وحينئذ فلا يجب عليه ردّها وهذا كما إذا انتقل إليه بهبة أو بيع أو إرث ونحوها ، لأنه حينئذ ملك جديد وهو كانتقاله إلى شخص آخر ؟

ربما تبنى المسألة على ما عن الشافعية[1] من أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد . وذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] أنّ كلام الشافعية مطلب

---

(١) روضة الطالبين ٣ : ١٣٦ ، ٤ : ١٧٤ ، المجموع ١٢ : ٣٠١ ، ٣٠٤ ، ٣٠٧ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٣٧ .

علمي لم ينقله شيخنا الأنصاري لحسنه فلابدّ من تحقيقه وملخّص ما ذكره هو (قدّس سرّه) وأشار إليه شيخنا الأنصاري : هو التفصيل بين رجوعه إليه بفسخ أو إقالة ورجوعه إليه بأسباب جديدة كالارث والشراء ونحوهما ، فإنّ الملك عند الفسخ أو الاقالة كالذي لم يزل فإنه من شؤون ملكه السابق وليس بسبب جديد فكأنه لم يبع ولم يخرج عن ملكه من الابتداء ، وأما الملك الحاصل له بسبب جديد كالارث والهبة ونحوهما فهو كالذي لم يعد لأنه ملك آخر جديد غير مربوط بالملكية السابقة وسنشير إلى تفصيل ذلك عند التكلّم في تصرف الغابن ، هذا كلّه في تصرف المغبون .

وأمّا تصرفات الغابن فإن كان تصرفه إتلافاً حقيقياً للمال فلا إشكال حينئذ في الانتقال إلى ردّ بدله لعدم التمكن من ردّ عينه ، وأمّا إذا كان تصرفه بالنقل اللازم أو الجائز أو بنحو الاستيلاد المانع عن الردّ مع بقاء المال في ملكه فلا ينبغي الاشكال في أنّ ذلك لا يوجب سقوط خيار المغبون لعدم الربط بينهما ، وإنما توهم سقوطه في تصرفات المغبون من أجل أنّ تصرفه غالباً يكشف عن رضاه بالعقد فيسقط به خياره ، وأمّا تصرف الغابن فلا ربط له باسقاط خيار المغبون وهو ظاهر .

وإنما الكلام في صحة تصرفات الغابن والرجوع إلى بدل المال أو في بطلانها وإرجاعه نفس العين إلى المغبون .

أمّا تصرفه بالنقل اللازم فالوجوه المتصورة فيه ثلاثة : أحدها بطلان التصرفات من الابتداء . وثانيها : بطلانها من حين فسخ المغبون . وثالثها : صحة التصرفات والانتقال إلى ردّ بدله .

أمّا وجه بطلان تصرفات الغابن من الابتداء فهو أنّ الخيار حق ثابت في العين ، والغابن إنما باع متعلّق حقّ الغير وبما أنه لا يزيد على بيع عين ملك الغير فلا

محالة تتوقف صحته على إجازة المالك ومن له الحق الذي هو المغبون ، كما يتوقف فساده على ردّه لأنه من قبيل بيع الفضولي ، وعليه فإذا لم يفسخ المغبون بعد هذا التصرف من الغابن فهو إمضاء عملي وإجازة لبيع متعلّق حقّه ، وأمّا إذا فسخ فيكون ذلك ردّاً للمعاملة الواقعة على متعلّق حق نفسه وبه يستكشف فساد المعاملة من الابتداء .

وفيه أوّلاً : أنّ الخيار إنما تعلّق بالعقد وليس متعلّقه العين بدليل أنه لو كان متعلّقاً بالعين للزم ارتفاع الخيار بانعدام العين لعدم معقولية بقاء الخيار مع انعدام موضوعه ، مع أنّ الخيار لا يرتفع بزوال العين ، وهذا يكشف عن أنّ الخيار متعلّق بالعقد ومرجعه إلى حل العقدة بلا ربط له بالعين كما عليه بناء العقلاء نعم إذا ارتفعت العقدة فإن بقي عين ماله على حاله فهو وإلّا فيطالبه ببدله .

وثانياً : أنّ بيع متعلّق حق الغير يحتاج إلى إجازة ذي الخيار وإمضائه ومجرد عدم الرد لا يكفي في الامضاء ، إذ لعلّه لم يلتفت إلى خياره أصلاً ، ولأجل غفلته لم يردّ المعاملة ولم يفسخها ، وهذا كيف يكون امضاء لها .

وأمّا وجه بطلان تصرفات الغابن من حين فسخ المغبون فهو أنّ تصرفات الغابن إنما وقعت في متعلّق حق الغير إلّا أنها لمّا كانت واقعة في ملكه فلا مانع من صحتها إلى حين الفسخ ، فكأنّ الجمع بين دليل سلطنة الناس على أموالهم ودليل الخيار يقتضي نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حدّ المزاحمة لحق المغبون ، وأمّا إذا بلغت حد المزاحمة فللمغبون إبطال تصرفات الغابن .

وفيه : أنّ الخيار إذا كان متعلّقاً بالعين فتصرفات الغابن تكون فضولية ومتوقّفة على إجازة المغبون ، فإذا لم يجز فتلك التصرفات باطلة من الابتداء ، وأمّا إذا كان الخيار متعلّقاً بالعقد فتصرفات الغابن صحيحة لعدم وقوعها في متعلّق حق الغير فلا وجه لبطلانها أصلاً .

وإذا ظهر بطلان كلا الوجهين فيتعيّن الوجه الثالث لا محالة وهو أن يقال ليس للمغبون إبطال تصرفات الغابن بوجه ، بل يرجع إليه ببدل ماله ، والوجه في ذلك ما سيأتي في محلّه من أنّ تصرفات من عليه الخيار صحيحة ونافذة ولو مع العلم بخيار طرفه ، وإنما يستثنى من ذلك خصوص البيع المشروط بردّ مثل الثمن فإنّ الغرض فيها هو التمكن من إرجاع نفس العين عند ردّ مثل ثمنها فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فيها بنقلها ، وأمّا في غيره فلا مانع لمن عليه الخيار أن يتصرف في ملكه بنقله وهبته ونحوهما ، فإذا فسخ من له الخيار فلا محالة يرجع إلى بدله ، هذا كلّه في تصرفات الغابن اللازمة .

وأمّا تصرفاته الجائزة فالظاهر أنها كالتصرفات اللازمة وليس للمغبون إبطالها ، ولا تقاس تلك التصرفات الجائزة من الغابن بتصرفات المغبون الجائزة ولا يأتي فيها ما ذكرناه هناك حيث قلنا في تصرفات المغبون إنها إذا كانت جائزة وكان اختيار إبطالها وفسخها بيد المغبون فإذا أراد فسخ المعاملة الواقعة بينه وبين الغابن والتفت إلى أنّ معنى الفسخ إرجاع مال الغابن إلى الغابن وإرجاع مال نفسه إلى نفسه ، يكون فسخ تلك المعاملة الغبنية بعينه فسخاً للمعاملة الجائزة الصادرة من المغبون .

ولكن ذلك لا يجري في المقام من أجل أنّ اختيار فسخ تلك التصرفات بيد المغبون الذي يريد فسخ المعاملة الغبنية ، وأمّا في المقام فليس اختيار فسخ التصرفات الجائزة الصادرة من الغابن بيد المغبون حتى يكون فسخه المعاملة فسخاً لتلك التصرفات الصادرة من الغابن ، ومعنى كون تصرفات الغابن جائزة أنها جائزة للغابن أو له ولطرفه ، لا أنها جائزة بالاضافة إلى المغبون فلا يتمكن المغبون من فسخ تلك التصرفات ، فلا يبقى في البين إلّا إجبار المغبون وإلزامه الغابن

على فسخ تلك التصرفات وهو بلا وجه صحيح وإن ذهب في المسالك[١] إلى ذلك حيث قال : لو كان الناقل مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار أُلزم بالفسخ فإن امتنع فسخه الحاكم وإن امتنع فسخه المغبون على ما نقله في المكاسب[٢] إلّا أنه أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ فسخ المغبون للعقد الغبني إمّا بدخول العين في ملكه وإمّا بدخول بدلها ، فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلّم في الفاسخ وعلى الثاني فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ وهو البدل إلى نفس العين .

فإن قلت : إنّ البدل ليس بدلاً عن الملك وإنّما هو بدل الحيلولة بين الملك ومالكه فيجب على الغابن تحصيل ملك المغبون مع ردّ بدل الحيلولة .

قلت : قد عرفت في محلّه أنّ بدل الحيلولة ممّا لا أساس له كما أنكرناه في محلّه[٣] إلّا أنه على تقدير القول به أيضاً فهو يختص بما إذا كان الملك باقياً على ملك مالكه وهو المغبون حتى يكون البدل بدلاً عن تصرّفاته وسلطانه في ملكه على تقدير عدم الحيلولة ، وقد عرفت أنّ المغبون إنّما كان مالكاً له قبل المعاملة وأمّا بعدها وخروجه عن ملك الغابن أيضاً فلا يستحقّ المغبون إلّا بدله ، وحيث ليس مالكاً للمال فلا يتم فيه بدل الحيلولة ، إذ لا ملك حتى يأخذ بدل حيلولته ، هذا كلّه في تصرّفاته الجائرة .

وأمّا التصرّفات التي لا توجب خروجها عن ملك الغابن ولكنّها تمنع عن إخراجها عن ملكه كالاستيلاد فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٤] أنّ

---

(١) المسالك ٣ : ٢٠٦ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٩٢ ـ ١٩٣ .

(٣) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب صفحة ٢٨٧ .

(٤) المكاسب ٥ : ١٩٢ .

الاستيلاد وإن كان مانعاً عن خروج المبيع عن ملك الغابن إلّا أنّ ذلك فيما إذا لم يسبقه حق الغير ، وبما أنّ المبيع قد تعلّق به حقّ المغبون فهو يمنع عن تأثير الاستيلاد في عدم الردّ ، هذا .

وما أفاده على تقدير تماميته يختص بما إذا قلنا بتعلّق حق الخيار بالعين وحينئذ يمكن أن يقال إنّ المبيع متعلّق لحق الغير وهو يمنع عن تأثير الاستيلاد فيه ولكنّك عرفت أنّ الخيار إنّما يتعلق بالعقد ، ومقتضى فسخه رجوع المالين إلى مالكها مع إمكان الرجوع ، وعليه فيكون الاستيلاد حاكماً على وجوب ردّها لأنّه يمنع عن إخراجها عن ملك الغابن ، وبه يتعذّر الردّ فتنتهي النوبة إلى ردّ مثله ، هذا .

بقي الكلام في أنه إذا خرج الملك عن الغابن بنقل لازم أو جائز ثم اتّفق عود المال إلى ملكه بفسخ أو هبة أو إرث أو شراء فهل يجب على الغابن أن يدفع العين إلى المغبون عند فسخه أو ينتقل إلى بدله ، أو أنّ هناك تفصيلاً مبنياً على أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، وقد أسمعناك سابقاً(١) أنّ شيخنا الأنصاري وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّهما) ذهبا إلى هذا التفصيل ، وأنّ الملك إذا رجع إليه بفسخ أو إقالة لا بسبب مغاير لسبب الملك أوّلاً فهو كالذي لم يزل ، وأمّا إذا عاد إليه بأسباب جديدة كالإرث والشراء والهبة فهو كالذي لم يعد ، وقد وعدناك التعرّض إلى تحقيق هذا الكلام .

فنقول : إنّ عود المال إلى ملك الغابن تارةً قبل فسخ المغبون وأُخرى بعد فسخه .

أمّا إذا كان العود بعد فسخ المغبون فلا وجه لارجاعه إلى المغبون ، لأنّ المال قد انتقل إلى بدله حين فسخ المعاملة ، إذ المفروض عدم تمكّن الغابن من ردّ عينه

---

(١) في الصفحة ٣٦٠ وما بعدها .

وبعد انتقاله إلى البدل لا دليل على رجوع عين المال إليه إلّا دعوى أنّ البدل بدل الحيلولة لا بدل أصل المال ، وقد عرفت أنّ بدل الحيلولة لا أساس له ، وهذا ظاهر .

وأمّا إذا كان عود المال إلى ملك الغابن قبل فسخ المغبون فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] وتبعه شيخنا الأُستاذ[2] ما محصّله : أنّ عود الملك إلى الغابن إذا كان بفسخ المعاملة الواقعة عليه أو باقالتها فلا محالة يتلقّاه المغبون من الغابن ، لأنه بعينه الملك الذي الذي انتقل إليه من المغبون وليس بسبب جديد ، إذ سببه ليس إلّا المعاملة الواقعة بينه وبين المغبون ، فالملك الزائل العائد بإبطال المعاملة الواقعة عليه كأنّه لم يزل وكأنّ المعاملة لم تقع عليه ، وأمّا إذا عاد إليه بأسباب جديدة كثيرة أو هبة أو إرث فلا يصحّ للمغبون أن يتلقّاه من الغابن ، لأنه ملك آخر جديد وليس هو الملك المنتقل منه إلى الغابن حتى يتلقّاه منه ، بل هو ملك جديد قد حصل بأسبابه من الارث والهبة والشراء ، فالملك الزائل العائد بتلك الأسباب الجديدة كأنه لم يعد ، لأنه ملك آخر ، هذا .

والصحيح هو ما ذكره السيد (قدّس سرّه)[3] من أنه لا فرق بين العود بالفسخ والعود بسائر الأسباب ، ومقتضى القاعدة رد العين إلى المغبون مطلقاً ، وذلك لأنّ المبادلة بينهما إنّما وقعت بين نفسي المالين لا بين ملكيتين ، إذ الملكية كما أشرنا إليه غير مرّة أمر اعتباري قائم بمعتبره من الشارع أو العقلاء ، ولا معنى للمبادلة بين اعتبارين قائمين بشخصين ، وإنّما المبادلة تقع بين المالين ، فإذا فسخ المغبون ورأى عين ماله الواقع طرفاً في المبادلة فله أن يأخذها ويطالب الغابن به ، لأنه طرف

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٣ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٤٤ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٤٤ من مبحث الخيارات .

المبادلة ، وإن كانت الملكية العائدة إليه ملكية جديدة على أي حال حتى فيما إذا كان العود بالفسخ ، لأنّ الملكية الحاصلة بالفسخ حينئذ ملكية جديدة وليست هي الملكية السابقة ، ولكن المال لمّا كان هو الطرف في المبادلة وقد عاد إلى ملك الغابن جاز للمغبون مطالبته به ، ولعلّه ظاهر .

ثم إنّ الغابن إذا تصرف في المال تصرفاً مغيّراً للعين فلا يخلو إمّا أن يكون التغيّر بالنقيصة كما إذا باعه عشرين متراً من قماش وقد أخذ منها الغابن خمسة أمتار فبقي خمسة عشر منها ، أو يكون بالزيادة ، أو لا هذا ولا ذاك وكان المال باقياً بحاله بلا نقيصة ولا زيادة ولكنه امتزج بغيره ولا يمكن تميّزه .

أمّا التصرف الموجب للتغيّر بالنقيصة فهو أيضاً إمّا أن يكون نقصاً في أجزاء العين بأن يكون التصرف موجباً لزوال نصف المال أو ثلثه ، وإمّا أن يكون نقصاً في الأوصاف وهو على ثلاثة أقسام : لأنه إمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش بأن يكون التصرف موجباً لذهاب وصف الصحة ، وإمّا أن يكون موجباً لزوال وصف آخر غير وصف الصحة ولكنه كان موجباً لاختلاف قيمة المال كوصف الكتابة في العبد فإنها ليست بوصف الصحة إلّا أنها توجب اختلاف قيمة العبد وهو ظاهر وإمّا أن يكون النقص والتغيّر بزوال وصف لا مدخلية له في زيادة القيمة ولا في نقيصتها وهذا ككون العبد المبيع حين المعاملة ممّن يحب الشيء الفلاني وقد زال منه ذلك الوصف عند الغابن ، أو كان الثوب الواقع ثمناً أصفر اللون حين المعاملة ثم صبغه الغابن بلون آخر لا يوجب تفاوتاً في القيمة ، فإنّ الوصف في المثالين متغيّر إلّا أنه لا يوجب تفاوتاً في ناحية القيمة أبداً ، هذه هي أقسام النقيصة المتصوّرة في المقام .

أمّا النقص بزوال القسم الثالث من الأوصاف أعني الوصف غير الدخيل في قيمة المال كزوال وصف الحبّ لأمر كذا ، أو وصف البياض المتبدّل بالسواد من دون

فرق بين الوصفين في قيمة المال ، فالظاهر أنه خارج عن محل الكلام ، لأنّ وجوده وعدمه على حدّ سواء ، ولا يكون النقص بزواله مغيّراً للعين ولا لقيمتها ، فوجوده كعدمه مما لا يترتّب عليه أثر .

كما أنّ النقص إذا كان من قبيل القسم الأول أعني به زوال بعض أجزاء العين كذهاب نصفه أو ثلثه فلا إشكال في دخوله في محل الكلام وكونه موجباً لردّه قيمة المقدار الناقص عند فسخ المغبون ، وهاتان الصورتان لا إشكال فيهما من حيث الوجود والعدم .

وإنما الكلام في القسمين المتوسطين وهما زوال وصف الصحة وزوال وصف كمال آخر غير الصحة ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الناقص إذا كان هو الصحة فيأخذ المشتري أي المغبون عين ماله مع الأرش ، لأنّ الفائت وهو وصف الصحة مضمون بجزء من العوض فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض ، فيتدارك الفائت منه ببدله .

وأمّا إذا كان الناقص وصفاً آخر غير موجب للأرش إلّا أنه كان دخيلاً في تفاوت قيمة المال كما مثّلنا بوصف الكتابة في العبد ، فيأخذ المغبون عين ماله بلا أخذ شيء آخر للوصف الفائت ، لأنّ الأوصاف لا تقابل بالمال عند المعاملة ، وإنما هي توجب زيادة قيمة المال .

ثم ترقّى (قدّس سرّه) وذكر أنّ الاجارة أيضاً من هذا القبيل فإذا فسخ المغبون ووجد العين قد استؤجرت فإنما يأخذ عين ماله بعد انقضاء مدّة الاجارة ، وليس له مطالبة الغابن بأُجرة مثل منافعها في مدة الاجارة ، لأنّ المنافع المنتقلة إلى المستأجر بالاجارة من الأوصاف وهي لا تقابل بالمال عند المعاملة حتى يأخذ عوضها

(١) المكاسب ٥ : ١٩٤ .

بالفسخ، والغابن إنما آجرها وهي ملكه، ومنافع المملوك مملوكة، فلا يجب عليه دفع ما يقابلها إلى المغبون، بل عليه أن يصبر إلى أن ينقضي مدة الاجارة ولو كانت خمسين سنة ما لم يبلغ إلى حد تلف العين بزيادة مدة الاجارة.

ثم نقل عن المحقق القمي (قدّس سرّه)[1] انفساخ الاجارة في بقية المدة بفسخ المغبون، لأنّ ملك المنافع تابع لملك العين فإذا خرجت العين عن ملك الغابن بالفسخ فتبعه المنافع أيضاً فتخرج عن ملكه وتقع الاجارة باطلة، إلّا أنه أجاب عنه: بأنّ ملك الغابن للعين ليس ملكاً محدوداً بزمان وإنما كان ملكها ملكاً مطلقاً وتتبعه منافعها وتكون مملوكة له مطلقاً وقد تصرف في ملكه حينئذ وآجرها إلى كذا مقدار ومدة فلا موجب لبطلانها.

ثم نقل عن العلّامة[2] الحكم برجوع المغبون إلى الغابن بأُجرة مثل المدة الباقية فيما إذا تفاسخا، وكأنه (قدّس سرّه) يرى الفرق بين صورتي التفاسخ والفسخ كما أشار إليه بقوله: وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين أي الفسخ والتفاسخ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام.

وفي كلامه (قدّس سرّه) مواقع للنظر وتأمّلات:

منها: تفصيله (قدّس سرّه) بين وصف الصحة وسائر الأوصاف الكمالية حيث فرّق بينهما بالحكم بضمان وصف الصحة ووجوب ردّ الأرش عند ردّ العين دون سائر الأوصاف الكمالية، وذلك لأنه لا فرق بين الأوصاف الكمالية وصفة الصحة أبداً، لأنها بأجمعها لا تقابل بالمال حتى وصف الصحة، وإنما هي توجب زيادة قيمة المال فما هو الفارق بينهما.

---

(١) جامع الشتات ٣: ٤٣١ ـ ٤٣٢ المسألة ٢٠٣.

(٢) القواعد ٢: ٩٦.

أضف إلى ذلك : أنه إذا أغمضنا النظر عن ذلك وقلنا بضمان وصف الصحة وتقابلها بالمال فالواجب حينئذ ردّ ما يقابل الصحة من عين الثمن لا من غيره ، وكذا في غير وصف الصحة من الأوصاف الكمالية ، مع أنّهما مما لا يلتزم به هو ولا غيره من الفقهاء ، وذلك لأنهم لم يلتزموا في الأرش أن يكون من عين الثمن كما لم يلتزموا بالأرش في غير وصف الصحة من الأوصاف الكمالية ، وأمّا الأرش في خصوص وصف الصحة فإنما ثبت بمقتضى الأخبار وإلّا فمقتضى القاعدة عدم مقابلة شيء من الأوصاف بالمال ، وكذا يلزمه وجوب ردّ الأرش أعني قيمة الوصف الزائل مطلقاً سواء طالبه به المغبون أم لم يطالبه ، لأنه قيمة الجزء الفائت وهو ملكه ، مع أنه مما لا يلتزم به الفقهاء ولا يجب دفع الأرش عندهم إلّا في صورة مطالبة مالك المال .

وبعبارة أُخرى : إن قلنا بضمان وصف الصحة دون سائر الأوصاف من باب مقابلته بجزء من العوض دون سائر الأوصاف ، ففيه : أنّ الأوصاف مطلقاً لا تقابل بشيء من العوض . على أنّ لازم مقابلته بالمال ردّ جزء من عين العوض سواء طولب به أم لا ، ولم يلتزم به أحد . وإن قلنا بضمان وصف الصحة من باب وجوب ردّ العين إلى مالكها كما أخذها الغابن لقوله (عليه السلام) « على اليد ما أخذت » إلخ فلابدّ من أن نلتزم بذلك في سائر الأوصاف الكمالية أيضاً ، كما أنه إذا لم نقل بذلك فلا نقول به في سائر الأوصاف أيضاً ، فالفرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف مما لا يرجع إلى وجه متين .

ومنها : ما أفاده في الاجارة من أنّ المغبون يرجع إلى نفس ماله ويصبر إلى أن تنقضي مدة الاجارة بلا مطالبة شيء آخر في مقابل المنافع في المدة الباقية ، فإنّ ذلك ممّا لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، لأنّ الغابن يجب عليه ردّ مال المغبون إليه كما أخذه بمقتضى « على اليد ما أخذت » ومن المفروض أنّ المال حينما أخذه الغابن لم يكن مسلوب المنافع فكيف يردّه مسلوب المنافع ، وإلّا فلو صح ذلك لأمكن أن

يؤجرها الغابن بمدة خمسين سنة ، ثم إذا فسخ المغبون يردّها إليه مسلوبة المنافع بلا ردّ قيمة المنافع في تلك المدة ، وهذا كما ترى لا يمكن الالتزام به .

بل لابدّ من أن يردّه العين كما أخذها ، وحيث إنّ العين لم تكن مسلوبة المنافع حين أخذها فيجب عليه ردّها بتلك المنافع ، وحينئذ فتقوّم العين مجرّدة عن المنافع كما تقوّم مع المنافع في تلك المدة ، ويؤخذ التفاوت بين القيمتين ويردّ إلى المغبون .

ومما ذكرناه يظهر أنّ المردود إلى المغبون إنما هو تفاوت القيمتين أعني قيمة العين مجردة وقيمتها مع منافعها في مدة الاجارة دون أُجرة مثل المدة الباقية كما وقع في كلام العلّامة (قدّس سرّه) والذي يسهّل الخطب أنّ التفاوت بين القيمتين غالباً بل دائماً تطابق أُجرة مثل العين في مدة الاجارة كما نبّه عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] والوجه في ذلك : أنّ التفاوت بين القيمتين إنما نشأ من قيمة المنافع في مدة الاجارة وهي المعبّر عنها بأُجرة المثل ، فإذا فرضنا الفرق بينهما خمسة دنانير مثلاً فهي أُجرة مثل العين في تلك المدة . نعم لا يمكن المساعدة على ما ذهب إليه المحقق القمي من بطلان الاجارة في المدة الباقية من جهة أنّ العين كانت مملوكة للغابن حين تصرفه كما كانت المنافع مملوكة له بتبعها ، وإنما تصرف في ملكه فلا وجه لبطلان تصرفاته ، فلابدّ من الالتزام بصحة المعاملة والاجارة وردّ العين مع التفاوت ما بين القيمتين .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ التصرف في العين تصرفاً مغيّراً بالنقيصة أعم من أن يكون مغيّراً وموجباً للنقص بحسب أجزاء العين أو من جهة زوال الأوصاف الأعم من وصف الصحة وسائر الأوصاف الكمالية مضمون على الغابن فيجب عليه ردّ العين وردّ بدل الفائت أعم من أجزاء العين أو من الأوصاف .

---

(١) لاحظ منية الطالب ٣ : ١٤٧ .

فالمتلخّص من جميع ذلك : أنّ النقيصة في أجزاء العين أو في الأوصاف أعم من الأوصاف الكمالية ووصف الصحة مضمون على الغابن بمقتضى « على اليد ما أخذت » ويجب عليه ردّ ما أخذه بعينه ، والأوصاف وإن كانت لا تقابل بالمال إلّا أنها لا تقابل بالمال على وجه الاستقلال لا على نحو الاطلاق حتى على نحو التبعية مثلاً لا يمكن بيع بياض الثوب أو علم العبد مستقلاً ، ولكن بيعهما تبعاً لبيع الثوب والعبد مما لا إشكال فيه ، لأنها أي الأوصاف توجب زيادة في القيمة فيجب الخروج عن عهدتها كما في الغاصب بعينه ، وغاية الفرق أنّ الغاصب يرتكب المعصية بتصرفه في المال وهذا بخلاف الغابن فإنه إنما يتصرف في ملك نفسه ولا معصية عليه .

وأمّا إذا فسخ المغبون ورجع إليه بماله فيجب عليه ردّ ماله بجميع أوصافه الكمالية وغيرها ، لأنها مضمون على الغابن كما عرفت ، ومن ذلك ما لو وجد العين مستأجرة فإنّ الغابن لابدّ من أن يردّ إلى المغبون عين ماله كما أخذها منه ، وحيث إنّه أخذها منه من غير سلب المنافع عنها فعليه أن يردّها إليه مع منافعها ، وبما أنها فاتت بالاجارة فلا محالة يخرج عن عهدتها بردّ بدلها ، هذا كلّه في النقيصة .

بقي منها صورة واحدة لم يتعرّض لها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولعلّه لوضوحها : وهي ما إذا نقصت قيمة العين في السوق من دون عروض نقيصة في نفسها وإنما تنزّلت القيمة السوقية فقط ، وفي مثل ذلك لا يجب على الغابن دفع مقدار النقص من قيمة المال ، لأنّ المضمون على الغابن إنما هو نفس العين وتوابعها من الأوصاف دون القيمة السوقية ، لأنها مما لا يشمله « على اليد ما أخذت » لأنّ يده إنما وقعت على العين وأوصافها لا على قيمة المال في السوق فانها لا تدخل تحت يد أحد حتى لا يؤخذ بها الغاصب مع أنه يؤخذ بأشق الأحوال فضلاً عن الغابن فإنه إذا غصب مالاً ثم تنزّلت قيمته السوقية فإنّ اللازم عليه هو ردّ نفس العين وأوصافها لا قيمتها السوقية زيادة ونقيصة وهذا ظاهر ، ولعلّ وضوح المسألة منع

شيخنا الأنصاري عن التعرّض إلى حكمها .

وأمّا التغيّر بالزيادة فإن كانت الزيادة زيادة في القيمة السوقية فقط من دون حدوث شيء في نفس المال نظير النقيصة في مجرد القيمة السوقية فلا يوجب ذلك مطالبة الغابن من المغبون شيئاً ، بل يردّ إليه نفس المال وأوصافه بلا حق له على المغبون ، إذ المفروض أنه لم يوجد في عين المال وصفاً ولا عمل عملاً ، وإنما ترقّت القيمة السوقية بنفسها ، فلا وجه لمطالبته المغبون بالزيادة كما لم يكن للمغبون مطالبة الغابن بالنقيصة عند تنزّل القيمة السوقية ، لما عرفت من أنها لا تدخل تحت يد أحد حتى يضمنها الغابن وهذا ظاهر ، وهذه المسألة أيضاً لم يتعرّض لها شيخنا الأنصاري لوضوحها .

وأمّا إذا زادت قيمتها السوقية بواسطة أمر حدث في العين وهذا كقصارة الثوب أي تنظيفه وتنزيهه عن الوسخ أو تعليم العبد صنعة أو علماً من العلوم الدينية ، فإنّ ذلك مما يوجب زيادة القيمة السوقية مع إحداث حدث في العين كتنظيف أوساخه أو تعليم شيء من الصنائع ، فالظاهر أنّ الغابن بذلك يصير شريكاً في المال مع المغبون بنسبة تلك الزيادة ، وذلك لأنّ الأوصاف وإن كانت لا تقابل بالمال على وجه الاستقلال إلّا أنها تقابل به على وجه التبعية للعين ، فهي ملك الغابن لا محالة ، إذ لو لم تكن الأوصاف مقابلة بالمال مطلقاً لما أمكن الحكم بضمانها على الغابن عند نقيصتها ، وكذا لم يمكن مطالبتها من الغاصب مع أنه مما لا إشكال فيه ظاهراً ، فكما أنّ نقيصتها توجب ضمانها على الغابن أو الغاصب ولها مالية حينذاك فكذلك في صورة زيادتها تقابل بالمال ، وبما أنها ملك للغابن فلا محالة يصير شريكاً معه في المال .

وبالجملة : أن تقابل الأوصاف بالمال ظاهر ، فإنّ قيمة المال معها وقيمته بدونها مختلفة ، وليست زيادة القيمة في المال عند وجود الأوصاف إلّا من جهة تلك

الأوصاف وهي قيمتها ، هذا .

وربما يورد على القول بالشركة في هذه الصورة : بأنّ الأوصاف كما عرفت لا تقابل بالمال ، والمفروض أنّ الغابن لم يحدث في نفس العين زيادة عينية ، وعليه فلماذا يصير شريكاً مع المغبون في المال ، إذ العين ملك للمغبون ولم يحدث أمر يوجب زواله وانتقال بعضه إلى الغابن .

وهذه المناقشة متينة جدّاً فيما إذا أراد شيخنا الأنصاري من الشركة شركة الغابن مع المغبون في العين ، فإنّ العين كانت ملكاً للغابن ثمّ رجع إلى المغبون ولم يحدث أمر يوجب نقص ملكية المغبون عن العين ، والأوصاف لا تقابل بالمال ، ولم يحدث في العين زيادة عينية فلماذا يصير الغابن شريكاً مع المغبون في العين . وبالجملة أنّ حصول الاشتراك بينهما بلا موجب .

وأمّا إذا أراد (قدّس سرّه) من الشركة الاشتراك في المالية فلا يرد عليه إشكال وذلك لأنّ الأوصاف تقابل بالمال تبعاً كما أشرنا إليه في صورة نقيصة الأوصاف وقد عرفت أنّها مضمونة على متلفها ، فمنه يظهر أنّ لها مالية ، وإذا انتقل العين إلى ملك المغبون فلا تذهب مالية الأوصاف هدراً بل يضمنها المغبون فيكون شريكاً مع الغابن في المالية لا محالة ، بمعنى أنّ الغابن يشترك مع المغبون في مقدار مالية المال وقيمته بنسبة قيمة الشيء مع الأوصاف وقيمته بدونها ، لا أنّه يشترك معه في العين[1] وتظهر الثمرة بينهما في أنّ الوصف إذا زال عن العين بنفسه كما إذا أصبح العبد العالم ولا يدري شيئاً تزول شركة الغابن مع المغبون ، وهذا بخلاف ما إذا كان شريكاً

---

(١) لا يخفى أنّ لازم تبعية الأوصاف للعين في المالية والملكية زوال ملكيتها بخروج العين عن الملك ، فإذا رجع العين إلى المغبون فكيف تبقى مالية الأوصاف في ملك الغابن وعليه فيسقط ما أُفيد في المتن إلى آخره ، وتتجه مقالة المحقّق النائيني لا محالة فراجع .

معه في العين فإنّ تلف بعض أجزائه فضلاً عن زوال بعض أوصافه لا يمنع عن اشتراكهما ، بل كل ما بقي منه لهما وما زال عليهما .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ المال إنّما يقابل نفس الأوصاف التي هي نتائج الأعمال لا أنّ الغابن يستحقّ أُجرة المثل لأعماله ، إذ التفاوت في قيمة المال مع الأوصاف وقيمته بدونها إنّما ينشأ من قبل نفس تلك الأوصاف لا من جهة عمل العامل في المال .

وعليه فلا يفرق في حصول الاشتراك بين كون هذه الأوصاف مستندة إلى فعل الغابن كما إذا نظّف الثوب عن الوسخ أو علّم العبد صنعة من الصنائع ، وكونها مستندة إلى الله تعالى كما إذا أصبح العبد في ملك الغابن عارفاً بالمسائل الدينية وصار من أتقى الأتقياء وبذلك زادت قيمته ، فإنّ صفة التقوى والعدالة في العبيد توجب زيادة قيمتها ، فالغابن بذلك يصير شريكاً مع المغبون ، لأنّ الأوصاف إنّما حدثت في ملكه وقد عرفت أنّ المال إنّما يقع بازاء نفس الأوصاف تبعاً لا بازاء الأعمال الصادرة من الغابن حتّى تكون أُجرة لها ، ومن هنا لو أتعب نفسه في تعليم العبد صنعة أو علماً من العلوم ولكنّه لم يحصل شيئاً منهما ولم يصر بذلك عالماً أو صانعاً ، لا يستحقّ بذلك شيئاً على المغبون مع أنّه عمل أعمالاً وأتعب نفسه في تعليمه ، ولأجل ذلك نقول إنّ المال إنّما يقع بازاء تلك الصفات التي هي نتائج الأعمال لا بازاء تلك الأعمال نفسها .

فما أصرّ عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] من عدم استحقاق الغابن شيئاً على المغبون ، وعدم صيرورته شريكاً معه فيما إذا حصلت تلك الأوصاف بفعل الله تعالى أو بفعل نفس العبد دون فعل الغابن ، بدعوى أنّ الغابن لم يعمل حينئذ عملاً

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٤٨ .

يستحقّ به أُجرة المثل ولم يزد في العين زيادة عينية حتّى يصير شريكاً مع المغبون .

فمّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما عرفت من أنّ الشركة إنّما هي لأجل حدوث تلك الأوصاف المقابلة بالمال في ملك الغابن ، وليست هي من أجل أُجرة المثل لأعماله ، إذ المال إنّما هو في مقابل الصفات التي هي من نتائج الأعمال لا في مقابل نفسها ، هذه كلّها في التغيّر بالزيادة الحكمية .

وأمّا إذا حصل التغيّر في الملك بالزيادة العينية كما إذا كان الثمن أرضاً وقد بنى فيها الغابن بناءً أو غرس فيها أشجاراً أو نقش فيه نقوشاً بخيوط موجودة فيه فيما إذا كان الثمن من قبيل الأثواب والأقمشة ، أو بغير ذلك من الزيادات العينية الموجودة في المال ، فإذا فسخ المغبون في أمثال هذه الموارد فهل يتمكّن من إلزام الغابن بقلع الزيادات الحاصلة بفعله عن المال أو لا يتمكّن ؟ فيه خلاف وأقوال .

وبعبارة أُخرى : لا إشكال عندهم كما هو كذلك في أنّ الغابن إذا كانت له أموال وأجناس في مكان قد اشترى ذلك المكان من المغبون وكانت قيمة تلك الأجناس في هذا المكان أغلى وأكثر منها في مكان آخر ، إذا فسخ المغبون يلزمه بتخلية مكانه من الأجناس ، لأنّ الأموال والأجناس في هذا المكان لا يختلف ولا يتغيّر عمّا هي عليه فيما إذا وضعت في مكان آخر ، وإنّما تختلف قيمتها السوقية فقط ولا يحصل فيها أيّ تغيّر أو نقص في عينها ، وليس للغابن الامتناع بدعوى أنّي أتضرّر بتخلية المكان ووضع أجناسي في مكان آخر لأنّ قيمتها في غير هذا المكان أنقص ، وذلك لأنّ المغبون ليس بضامن لما يرد عليه من الضرر فيما إذا كان منشؤه مجرد اختلاف القيمة السوقية ما لم يحصل بذلك نقص في أعيان تلك الأجناس وهذا الحكم ممّا لا خلاف فيه بينهم .

وإنّما اختلفوا في أنّ المقام أيضاً ملحق بهذه المسألة ، لأنّ المغبون مالك الأرض ويطلب ملكه ، أو أنّ بينهما وبين المقام فرقاً من جهة أنّ أموال الغابن في

المسألة المتقدّمة لا تتغيّر عمّا هي عليه عند وضعها في مكان آخر وإنّما تختلف قيمتها السوقية فقط ، وأمّا في المقام فالبناء المقلوع متباين للبناء غير المقلوع لأنه إذا قلع خرج عمّا هو عليه من وصف البناء ويصير أخشاباً وأحجاراً ، وكذلك الشجر فإنه إذا قلع من الأرض فلا محالة يصير خشباً ويخرج عن كونه شجراً ، وبين الشجر والخشب فرق ظاهر ، فلا يقاس المقام بالمسألة المتقدّمة المتّفق فيها على جواز تخلية المغبون مكانه من أجناس الغابن .

وكيف كان ، الأقوال في المسألة ثلاثة :

الأوّل : أنّ المغبون متمكّن من إلزام الغابن بالقلع بلا أرش نظير المسألة المتقدمة حيث كان المغبون مسلّطاً فيها على إلزام الغابن بتخلية المكان بلا وجوب أرش عليه .

الثاني : عدم تمكّنه من إلزامه بالقلع .

والثالث : تسلّطه على إلزامه بالقلع مع دفع الأرش إلى الغابن ، لتفاوت الشجر بحسب القيمة قبل القلع وبعده ، هذا .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ ملكي المالكين إذا كان أحدهما أجنبياً عن الآخر ولم يكن له حقّ وعلقة على الآخر ، لا إشكال في أنّ مالك الأرض متمكّن حينئذ من قلع الملك الآخر عن ملكه من دون أن يجب عليه شيء وهذا نظير موارد الغصب كما إذا غصب أحد أرضاً وبنى فيها بناءً شاهقاً قيمته أضعاف قيمة الأرض فإنّ ذلك الملك أعني البناء ليس له حقّ ولا ربط بالملك الآخر وهو الأرض ولمالكها مطالبة الغاصب بتخريب البناء ودفع أرضه خالية عنه إليه ، وليس لأحد منع المالك عن ذلك أبداً ، والوجه في ذلك أنّ ملك المالك غير محدود بحدّ والملكية المطلقة غير المحدودة بشيء تقتضي جواز قلع أشجار الغاصب وبنايته وهو ظاهر .

ومن ذلك موارد البيوع الفاسدة لالتحاقها بالغصب من تلك الناحية

فلمالك المثمن مطالبة المشتري بتخلية أرضه ومتاعه عمّا أحدثه فيها ، وليس لأحد منعه عن ذلك .

وأيضاً من ذلك جميع موارد التصرّفات الصحيحة فيما إذا انتهت مدّتها كما إذا استأجر أرضاً بمدّة سنة فأحدث فيها بناءً وغرس فيها أشجاراً ، أو استعارها لمدّة سنة فأحدث فيها شيئاً ، فإنّ هذه التصرفات الصادرة من المستأجر والمستعير سائغة في أثناء هذه المدّة ، ولكنّها إذا انقضت فللمالك مطالبة ملكه وأرضه خالية عن جميع ما أحدثوه فيها من البناء والغرس أو غيرهما ، ولعلّ ذلك ظاهر ولا إشكال فيها ، هذا قسم .

ويقابل ذلك قسم آخر وهو ما إذا كان لأحدهما حقّ مكث وبقاء في الآخر وبينهما علقة وربط ، وهذا كما إذا وهب أحد الأرض لأحد ولديه ووهب الأشجار الموضوعة فيها لولده الآخر ، فإنّ الأرض المملوكة لأحدهما إنّما صارت ملكه مشغولة بتلك الأشجار أو الأبنية وليس له إلزام الآخر بقلعها عن الأرض ، فإنّ الثاني إنّما ملك الأشجار بوصف أنّها أشجار ولم يتملّك الأخشاب ، والأشجار بعد قلعها أخشاب ، وبالجملة ليس لمالك الأرض قلعها أبداً ، ونظيره ما إذا باع الأرض لشخص والأشجار من شخص آخر .

ومنها أيضاً : ملك الزوجة وإرثها من المثبتات في الأرض كالشجر والبناء فإنّ الورثة ليس لهم إلزامها بقلع حصّتها من المثبتات ، لأنّها إنّما ملكتها بما هي مثبتات وأبنية وأشجار لا بما هي أخشاب وأحجار ونحوهما ، ووجهه أنّ الملكية محدودة من الابتداء وليست ملكية مطلقة حتّى تقتضي جواز قلع أشجار المالك الثاني لما عرفت من أنّه إنّما ملك الأرض المشغولة بالأشجار ، وهذه الصورة أيضاً ممّا لا إشكال فيها من حيث عدم جواز إلزام مالك الأرض لمالك الشجر والبناء بقلعها ، وذلك ظاهر .

وإنّما الكلام في القسم الثالث وأنه إذا اشترى أو باع أحد شيئاً وفرضنا الثمن أرضاً وكانت المعاملة غبنية من طرف البائع وقد تصرف الغابن في الأرض بغرس الأشجار وبناء الأبنية ونحوهما ، فهل يلحق بالقسم الأول وأنّ المالك يتمكّن من إلزام الغابن بتخلية أرضه وقلع شجره وملكه غير محدود ، أو أنّه ملحق بالقسم الثاني وأنّ المالك ليس له قلع أشجار الغابن وتخريب أبنيته وأنّ الملكية فيه محدودة وليست مطلقة .

والوجه في ذلك : أنّ الغابن هل بتصرّفه ذلك قد استوفى منفعة الأرض ما دامت مشغولة بالأشجار والبناء نظير ما إذا آجرها من مستأجر حيث سبق أنّ الغابن حينئذ قد استوفى بذلك منفعة الأرض إلى منتهى مدّة الاجارة ، وعليه فليس للمالك قلع تلك الأشجار كما ليس له إبطال الاجارة لأنّهما استيفاء للمنافع ، وغاية الأمر أنّ الغابن يغرم للمغبون أُجرة مثل المنافع التي استوفاها من أرضه ، أو أنّ ذلك ليس من باب الاستيفاء ولا يقاس بالاجارة ، لأنّ ملكية المنافع أمر اعتباري يمكن أن نعتبر أحداً مالكاً لمنافع عشر سنوات مستقبلات ، وأمّا في المقام فهو استيفاء خارجي وتصرّف في الملك وإنّما يكون ذلك من باب الاستيفاء فيما إذا قلنا بعدم جواز قلع المالك وهو أوّل الكلام فكيف يقاس أحدهما بالآخر ، بل للمالك أن يستلم ملكه ويطالبه بتفريغ ملكه عمّا أحدثه فيه ، هذا .

والتحقيق هو الوجه الثاني وأنّ المالك له إلزام الغابن بتفريغ ملكه عن شجره وبنايته ، لأنّ ملكه قبل ذلك لم يكن مشغولاً بتلك الأُمور والملكية مطلقة غير محدودة ، والفسخ ليس إلّا إرجاع الملك السابق على ما هو عليه ، فليس لأحد منع المالك عن ذلك ولعلّه ظاهر ، وقد عرفت الفرق بينه وبين الاجارة ، هذا .

ثمّ إنه هل يجب على المغبون ردّ أرش الشجر المقلوع إلى الغابن لتفاوت قيمته

مع قيمة الشجر حال كونه منصوباً على الأرض كما ذهب إليه في المسالك[(١)] وقوّاه بعضهم ومنهم شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[(٢)] أو ليس على المغبون شيء ؟ الظاهر هو الثاني ، خلافاً لما ذهب إليه في المسالك ، وذلك لأنه يجب على الغابن ردّ المال إلى مالكه كما أخذه منه ، وحيث إنّ الأرض حينما أخذها الغابن لم تكن مشغولة بالشجر وغيره فيجب على الغابن تفريغ أرض المغبون عمّا أحدثه فيها ، ولا يجب في ذلك أرش أو غرامة على المغبون .

وكيف كان ، فلا موهم لوجوب الأرش على المغبون إلّا أمران : أحدهما دليل نفي الضرر حيث إنّ الغابن يتضرّر بقلع أشجاره بلا أرش . وثانيهما : احترام مال المسلم فإنّ ذلك يقتضي حرمة الأشجار والبناء لأنّهما من أموال الغابن فكيف يسوغ قلعها وهدمها بعد صحة تلك التصرفات في حدّ نفسها ، فإنّها صدرت من أهلها ووقعت في محلّها ، فهي محترمة لا محالة واحترامها يمنع عن جواز قلعها وهدمها بلا أرش ، وسيأتي الجواب عن هذين الوجهين بعد توضيح لما تقدّم فنقول :

إنّ الأقوال في المسألة ثلاثة :

أحدها : أنّ مالك الأرض مسلّط على القلع بلا أرش واختاره العلّامة في المختلف[(٣)].

وثانيها : عدم تسلّطه على القلع مع الأرش ولا بدونه ، وهذا منسوب إلى المشهور .

وثالثها : تسلّطه عليه مع الأرش كما ذهب إليه في المسالك .

(١) المسالك ٤ : ١١١ ، ٢٠٤ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٥٠ .

(٣) المختلف ٥ : ٣٧٦ المسألة ٣٤٧.

أمّا ما ذهب إليه المشهور فلعلّ الوجه فيه أنّ الغابن بغرسه قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقياً نظير ما إذا آجرها قبل فسخ المغبون فلا يتمكّن المغبون من إبطال الاجارة ولا من قلع الأشجار المنصوبة على الأرض ، نعم يجب على الغارس دفع أُجرة المثل للمالك كما ذكرناه فيما إذا آجرها الغابن قبل فسخ المغبون وذلك من جهة استيفائه منافع ملك الغير فيجب عليه الخروج عن عهدتها بدفع الأُجرة .

وقد أجبنا عن ذلك : بأنّ المقام لا يقاس بباب الاجارة من أجل أنّ تمليك المنافع أمر اعتباري يمكن أن يملّك الغابن أحداً منافع خمسة سنوات قبل فسخ المغبون ، وأمّا الغرس فليس ذلك استيفاء للمنافع استيفاء ما دام الغرس وإنّما هو تصرّف في الأرض ، فللمالك أن يقلعه ، وإنّما يكون ذلك استيفاء فيما إذا أثبتنا عدم جواز قلعه على المالك ، وهذا كما ترى لا يثبت بمجرد الغرس لأنه أوّل الكلام وعليه فلا يبقى لما ذهب إليه المشهور وجه ، لأنّ المالك إنّما يستحق الأرض الخالية عن الشجر فإذا رآها مشغولة به فله أن يقلعه ، هذا .

وأمّا القول الثالث أعني تسلّطه عليه مع الأرش ، فالوجه فيه أنّ الغارس إنّما يملك الشجر المنصوب على الأرض ، وهذا يمنع عن قلع شجره ، لأنّ المقلوع هو الحطب وليس بشجر ، فلا يصح قلعه لأنّه موجب لتضرّر الغارس ، وليس المقام من قبيل وضع الغارس أو غيره متاعه في مكان حتى يصح لمالك المكان تخلية ملكه لأنّ المتاع الموضوع في المكان بعينه هو المتاع الموضوع في مكان آخر بعد تخلية المكان الأول منها ولا يوجب هذا نقصاً وتبديلاً في المتاع وإن اختلفت قيمتها بحسب المكانين ، وهذا بخلاف المقام حيث إنّ ملكه قبل قلعه شجر وبعده ينقلب حطباً ، وكيف كان فقلع شجر الغابن بلا ردّ الأرش إليه ضرر ، كما أنّ الغابن إذا قلعه بنفسه يجب عليه طمّ حفره حتّى لا يتضرّر المالك بذلك .

وبالجملة : أنّ الدليل على وجوب ردّ الأرش أمران : أحدهما دليل لا ضرر لتضرّر الغارس بقلع أشجاره بلا ردّ أرشها . وثانيهما : قاعدة الاحترام التي أشار إليها شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) حيث إنّ مال المسلم كدمه فكيف يذهب هدراً بقلعه وقلبه من الشجر إلى الحطب .

أمّا الجواب عن الوجه الأول فيمكن بوجوه : منها أنّ قلع شجر الغارس بعد الفسخ ليس ضرراً عليه بل هو منع عن المنفعة العائدة إليه ببقاء شجره على أرض المالك بأن يقال إنه إنّما ملك نصب الشجر على الأرض مدّة خمسة سنوات أو أقل أو أكثر إلى أن يفسخ المالك ، ولم يملك نصبه إلى الأبد .

وبعبارة أُخرى : أنّ ملكه لألف درهم أعني قيمة الشجر حال كونه منصوباً على الأرض ملكية محدودة وموقتة بوقت الفسخ ، وليس ملكاً أبدياً حتى يتضرّر بقلع الشجر بعد الفسخ وصيرورة قيمته خمسمائة درهم ، بل إنّما كان مالكاً للألف إلى هذا الزمان ملكاً محدوداً ، وكان مقتضى ملكيته قاصراً عن الشمول إلى زمان بعد الفسخ ، وعليه فقلع شجره لا يوجب نقصاً في ملكه وماله بل به ينتهي أمد ملكه . نعم لو أبقى الشجر على مكانه يترتّب عليه نفع زائد فيكون القلع مانعاً عن النفع لا موجباً للضرر ، إذ الضرر هو النقص في المال أو في النفس أو في العرض ولا نقص في شيء من الثلاثة في المقام . أمّا الثانيان فواضح ، وأمّا الأول فلما مرّ من أنّ ملكية الألف محدودة إلى زمان الفسخ ، فلا ملكية له بعده حتّى يوجب القلع نقصاً فيه وهذا ظاهر .

وأضف إلى ذلك : أنّا لو سلّمنا أنّ القلع ضرر على الغارس فهل يكون دليل نفي الضرر موجباً لتضرّر أحد لأجل دفع الضرر عن شخص آخر ، ولأجل عدم تضرّر الغارس يلق المالك في ضرر دفع الأرش حتى يرتفع به ضرر الغارس ، فما تقصير المالك ولماذا أغرم الأرش مع أنه مالك للأرض وأراد فسخه وله مطالبة

ملكه كما أعطاه وهو الملك الخالي عن الشجر ، مع وضوح أنّ دليل لا ضرر لا يتكفّل لأمثال ذلك وهو ظاهر ، وسيأتي عن ذلك جواب ثالث سنذكره بعد أجوبة الدليل الثاني لاشتراكهما من ناحية ذلك الجواب .

وأمّا الجواب عن قاعدة الاحترام فهو أنّ غاية ما يقتضي قاعدة احترام مال المسلم عدم جواز إتلافه وعدم جواز التصرّف فيه وعدم ذهاب ماله هدراً ، ومن هنا التزمنا بضمان من أتلف مال غيره ناسياً أو غافلاً لأنه مال محترم فيجب تداركه ولكن القاعدة لا تقتضي حرمة قلع الشجر المنصوب على ملك الغير والمفروض أنّ الملك راجع إلى المغبون وليس للغارس نصب الشجر في ملكه وله قلع ذلك ، اللهمّ إلّا أن يكون له حقّ الابقاء وهو مفروض العدم ، وإلّا فلو كان له ذلك الحقّ فلماذا جاز قلعه مع الأرش .

فالمتحصّل : أنّ شيئاً من القاعدتين لا يقتضي الأرش ، إذ لو اقتضيا الأرش في المقام لتوجّه عليهما جواب ثالث وهو النقض بما إذا غرس أحد في ملك الآخر شجراً نسياناً أو جهلاً أو غفلة بحيث لم يصدق عليه عنوان الغاصب ، أو فرضنا أنه اعتمد على اليد فاشترى منها فغرس فيها شجراً ثمّ تبيّن أنه ملك الغير ، أليس للمالك قلع هذه الأشجار حينئذ ، أفتقتضي القاعدتان وجوب الأرش على المالك لاحترام مال المسلم وتضرّره ، كلّا ثمّ كلّا ، والوجه في ذلك أنّ قاعدة احترام مال المسلم لا تقتضي عدم جواز قلع الشجر فيما إذا غرس في ملك الغير .

وعليه فالصحيح هو الوجه الأول وملخّصه : أنّ المالك متسلّط على قلع الشجر أو هدم البناء بلا وجوب أرش عليه ، هذا كلّه في الجواب عن الوجهين السابقين أعني قاعدتي الاحترام ونفي الضرر .

وهناك وجه ثالث يستفاد من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] وهو أنّ مالك الغرس لا يستحق على مالك الأرض البقاء كما لا يستحقّ مالك الأرض على مالك الغرس أُجرة أو حقّاً آخر ، إذ الغارس إنّما يملك الشجر المنصوب بما أنّه منصوب ، كما أنّ مالك الأرض يستحق الأرض لا غيره ، ولكل واحد منهما تخليص ملكه عن ملك الآخر ، وليس لمالك الأرض منع الغارس عن قلع شجره ، لأنه ملكه وله أن يتصرف فيه بتبديلها خشباً ولو كان متعلّق ملكه هو الشجر بوصف أنه منصوب إلّا أنه حقّه ، وليس للمالك منعه عنه ، كما أنّ مالك الغرس لا يتمكّن من منع المالك عن مطالبة ملكه الخالي عن الشجر ولكل منهما مطالبة ملكه ، فإن تصدّى مالك الغرس لتخليص شجره عن ملك مالك الأرض فعليه طمّ أرض المالك ، كما أنّ المالك إذا تصدّى لقلع شجر الغارس وتخليص ملكه فعليه أرش الشجر ، فإنّ الغارس كما عرفت إنّما يملك الشجر بوصف الشجرية والنصب ، والشجر المقلوع حطب وليس بشجر ، فتبديل الشجر حطباً يوجب الضمان ، هذا ملخّص ما أفاده عدّة في المقام .

ويرد عليه : أنّ النقص وإن كان يتوجّه على مالك الغرس بقلع الشجر وتبديله إلى الحطب لا محالة إلّا أنّه أمر غير راجع إلى مالك الأرض ، فإنّ المالك إنّما يطالب الغارس بملكه كما أخذه ، ودفع ملكه إليه بما هو ملكه أعني الملك الخالي عن الشجر يستدعي قلع شجر الغارس ، فهو أمر غير مربوط بالمالك أبداً وإلّا للزم الحكم بالضمان فيما إذا غرس أحد في أرض غيره نسياناً وغفلة أو اعتماداً على قاعدة يد أو استصحاب ثمّ ظهر خلافه ، فإنّ مالك الأرض يطالب أرضه من الغارس ولا يتوجّه عليه ضمان تبديل الشجر خشباً ، وعليه فالصحيح ما أفاده العلّامة (قدّس

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٧ .

سرّه) في المختلف من أنّ المالك له قلع ما غرسه الغابن بلا توجّه أرش عليه .

بقي الكلام فيما ذكره صاحب المسالك[١] من التفصيل بين الغرس والزرع حيث حكم في الزرع بابقائه مع الأُجرة دون الغرس وقد علّله بأنّ للزرع أمداً ينتظر بخلاف الغرس فلا يكون إبقاؤه مع الأُجرة ضرراً على مالك الأرض بخلاف الغرس ، هذا .

فإن أراد (قدّس سرّه) التفصيل بينهما من حيث إنّ للزرع أمداً ولا أمد للغرس ، ففيه : أنّ الغرس ليس من الأُمور التي لا أمد لها ، بل له أيضاً أمد معيّن ويقولون إنّ أطول الأشجار عمراً هو النخيل فإنه يبقى مائة عام وغيره كذا مقدار فلا يبقى فرق بينهما إلّا من جهة قصر المدّة في الزرع ، لأنّ غاية أمده ثلاثة أشهر أو ستة وطولها في الشجر ، فإن أراد الفرق بينهما بذلك أي بقلّة المدّة وبطولها ، فيدفعه : أنه لا فرق بين طولها وقصرها ، فإنّ الوجه في جواز قلع المالك عدم حقّ الابقاء للغارس وهذا كما ترى لا يفرّق بين قصر المدّة وطولها ، إذ للمالك في كليهما مطالبة الغارس بأرضه كما أخذ ، ولا يجوز التصرف في ملك الآخر بدعوى أنّ التصرف فيه مع الأُجرة لا يوجب ضرراً على المالك ، إذ لو تمّت هذه الدعوى لجاز التصرّف في ملك الغير بزرعه ونحوه ولو على وجه الغصب ، فإنّ دفع الأُجرة إليه يمنع عن الضرر ، وغاية الأمر أنه قد ارتكب محرّماً أيضاً ، مع أنّ هذا ممّا لا يرضى به أحد .

وكيف كان فلا فرق بينهما أي بين الغرس والزرع إلّا ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] في توجيه كلام صاحب المسالك من أنّ الأرض المعدّة للزرع لا يكون بقاء الزرع فيها موجباً لتضرّر المالك مع دفع الأُجرة إلى المالك ، وهذا بخلاف

(١) المسالك ٤ : ١١١ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٥٢ .

بقاء الأشجار فإنه يوجب الضرر على المالك لا محالة .

وهذا الفرق كلام صوري لا أساس له لتأتّيه في غير الزرع أيضاً فيقال إنّ الأرض المعدّة للغرس لا يكون بقاء الغرس فيها موجباً لتضرّر المالك مع دفع الأُجرة إليه ، فلا يمكن الاعتماد على أمثال ذلك ، إذ التصرف في ملك الغير بغرسه أو بزرعه ينافي سلطنته المطلقة على ماله بحيث يتمكّن من غرسه أو زرعه أو غيرهما من التصرفات .

فالمتحصّل : أنه لا فرق بين الغرس والزرع فيما ذكرناه أبداً .

بقي الفرق بين خياري الغبن والتفليس فهل يجري ما ذكرناه في المقام في خيار التفليس أيضاً أو أنه يختص بخيار الغبن فقط ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ ما ذكرناه في المقام لا يجري في خيار التفليس ، وذلك للفرق بينهما من حيث إنّ حقّ المغبون في المقام كان متعلّقاً بالأرض قبل تلك التصرفات من الغرس والزرع ونحوهما ، وأمّا في خيار التفليس فحق الغارس متقدّم وسابق على حقّ الفاسخ ، لأنّ الخيار إنّما نشأ من الفلس وهو إنّما وجد بعد الغرس أو الزرع ، فحقّ الغارس مقدّم على حقّ الفاسخ على عكس المقام ، هذا .

ولا يخفى أنّ الوجه في جواز قلع المالك هو عدم حقّ الإبقاء للغارس ، وهذا لا يفرّق فيه بين سبق حقّ المالك أو سبق حقّ الغارس ، ولا أثر للتقدّم والتأخّر فيما إذا كان للمتأخّر أثر ، فإنّ الحقّ السابق حينئذ يتزاحم بالحقّ المتأخّر بقاء وإن لم يكن متزاحماً معه حدوثاً ، فالصحيح عدم الفرق بين الخيارين من هذه الجهة .

نعم ، هناك كلام في أنّ من له الخيار في خيار التفليس هل يتمكّن من الفسخ

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٧ .

مع حدوث تلك التصرفات في المال كما يتمكّن منه في المقام أي في خيار الغبن ، أو أنّ حدوث هذه التصرفات يمنع عن الفسخ كما يمنع عن رجوع الواهب في الهبة وهذا لأنه بعد تصرف الموهوب له في المال لا حق للواهب في الرجوع لاشتراط بقاء المال بحاله في جواز الرجوع في الهبة ، وفي خيار التفليس على خلاف وكلام حيث إنه إذا كان المبيع قرطاساً مثلاً فكتب فيه المشتري دورة فقه أو أُصول ثمّ عرضه الفلس ، أو رجع الواهب في الهبة فهل ترى جواز أخذ الجزوات من المشتري أو الموهوب له حينئذ ، وكيف كان فتفصيل الكلام في ذلك موكول إلى محلّه وهو باب التفليس .

ثم إنّه إذا قلنا بجواز القلع في هذه المقامات فهل يتصدّى المغبون ويباشر القلع بنفسه أو أنّه يطالب الغارس بذلك ؟ وحيث إنّ قاعدة الاتلاف لم يرد عليها مخصّص في المقام فالظاهر عدم جواز المباشرة للمغبون لاستلزامه الضمان لأنه إتلاف لمال الغير ، والمفروض أنّه لم يوضع فيه على وجه الغصب حتى لا يبقى له احترام ، وعليه فيطالب الغارس بملكه وأن يردّه إليه كما أخذه حسب القانون الدارج بين العقلاء ، لأنّهم يرون لزوم ردّ ما أُخذ كما أخذ ، دون قاعدة اليد لضعف روايتها ، فإن قلع غرسه ودفعه إليه فهو ، وإلّا فيرجع إلى الحاكم فهو يلزم الغارس بالقلع أو يرخّص المغبون بقلعه من باب ولايته .

وهذا نظير المسألة التي ذكرها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهي ما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى ملكه فإنّ القاعدة تقتضي الضمان فيما إذا أتلفها صاحب الملك لأنّها ملك الغير ، فلابدّ من مطالبة مالك الشجر بذلك ، وإلّا فيرفع أمره إلى الحاكم كما سبق تفصيله ، ولا فرق بينها وبين المقام ، إذ لا يفرق فيما ذكرناه بين دخول ملك الغير إلى ملكه باختياره أو بلا اختياره ، إذ في كليهما يطالب المالك بتفريغ ملكه عن ملكه ، نظير ما إذا دخل حماره إلى داره فإنّ المكلّف بالإخراج هو

مالك الحمار دون مالك الدار فلا تغفل . هذا تمام الكلام في مسألة تصرّف الغابن في المال بالغرس ونحوه .

بقي الكلام في أنّ الغارس الغابن إذا أراد قلع شجره فهل لمالك الأرض الامتناع ومنعه لاستلزام القلع نقص ملكه بالحفر ، أو لا يجوز للمالك منعه عن تخليص ملكه ؟ ذكر شيخنا الأنصاري[1] فيه وجهين ، ولم أفهم لتردّده (قدّس سرّه) في المسألة (كما هو ظاهر قوله فيه وجهان) وجهاً بعد تصريحه قبل ذلك بأسطر بأنّ كل واحد من المالكين يتمكّن من تخليص ملكه عن ملك الآخر وليس لأحدهما منع الآخر عنه ، فتردّده في المقام مع ما صرّح به قبل ذلك بما عرفت متناقض ومتناف ، إذ مقتضى عدم تسلّط المالكين على منع الآخر عن إفراز ملكه عدم جواز المنع عن القلع ، وغاية الأمر أنّ القلع إذا استلزم نقصاً في ملك المالك بحفره فعليه تدارك الضرر لأنه نشأ من قبله ، وأمّا منع الغارس عن القلع فلا وجه له بوجه ، إذ لا يجب على الغابن بعد الفسخ إلّا ردّ مال الغير إليه ، وأمّا ردّه مع إضافة الغرس فلا مقتضي له أبداً ، هذا كلّه فيما إذا كان التغيير بالزيادة العينية .

وأمّا إذا كان التغيير بالامتزاج فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] أنّ المال الممتزج تارةً ينعدم بالامتزاج ويستهلك في المال الآخر وهذا كما في الملح أو الفلفل في الطعام أو الزيت فيه ، وكماء الورد الممتزج مع الزيت أو العطر المختلط به أي بالزيت ، فإنّ الممتزج في الأمثلة مستهلك في المال الآخر ولا وجود له بعد الامتزاج عرفاً ، وفي هذه الصورة لا تحصل بينهما الشركة ، لأنه في حكم التالف فيرجع فيه إلى قيمته .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٨ .

(٢) المكاسب ٥ : ١٩٩ .

وأُخرى لا يستهلك الممتزج في الآخر ولا يعد تالفاً ، وهذا تارةً من قبيل امتزاج الجنس بجنسه وأُخرى من امتزاج الجنس بغير جنسه ، أمّا إذا امتزج بغير جنسه نظير العسل الممتزج مع الخل فيحتمل فيه الشركة كما يحتمل التحاقه بالصورة المتقدّمة وصيرورته كالمعدوم لتغيّر حقيقته . وأمّا إذا امتزج بجنسه فإن كان الجنسان متساويين فلا محالة تثبت فيه الشركة بين المالكين ، وكذلك الحال فيما إذا كان أحدهما أردأ من الآخر فإنّهما يشتركان ، إلّا أنّ الكلام حينئذ في أنّ مالك الأجود يستحقّ أرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس أو من ثمنه ، واحتمل فيه وجوهاً .

وأمّا إذا امتزج بما هو أجود منه فاحتمل (قدّس سرّه) فيه الشركة في المالية كما احتمل الشركة في نفس المالين ، هذه خلاصة ما أفاده في المقام .

وما ذكره بطوله مناقض لما أفاده في مسألة تصرف المغبون في المال وحصول الامتزاج بفعله ، فإنّه ذهب هناك إلى أنّ الامتزاج يلحق بالتلف ، وقد قوّيناه فيما أفاده وقلنا إنّ مقتضى قانون الفسخ رجوع كلّ من المالين إلى مالكها لا رجوع مقدار من المالين ومقدار آخر من مال شخص آخر إليه ، فإنّ أحد المالين إذا امتزج بمال وحصلت الشركة بينهما بالامتزاج فلا يمكن ردّ نفس ذلك المال إلى مالكه الأوّل ونفرضه الغابن مثلاً ، بل إذا رددنا مقداراً من المال المشترك إلى الغابن حينئذ فقد دفعنا إليه مقداراً من ماله ومقداراً من مال نفس المغبون الممتزج بمال الغابن على الفرض ، وهذا ممّا لا يقتضيه قانون الفسخ ، ولذا قلنا برجوع المغبون أو الغابن إلى القيمة حينئذ ، لأنّ المال حينئذ في حكم التالف ، فراجع .

وعليه فمقتضى ما أفاده هناك أن يحكم في المقام بأنّ جميع صور الامتزاج كصورة التلف فيرجع فيها إلى القيمة لا محالة ، وكيف كان فكلامه في المقامين متناقض ، إذ لا يفرق في إلحاق الامتزاج بالتلف بين الامتزاج الحاصل بتصرّف

المغبون والامتزاج الناشئ بتصرّف الغابن ، فإنّ حكم الامتزاج حكم التلف مطلقاً فيرجع فيه إلى القيمة .

نعم ، يستثنى من ذلك صورة واحدة وهي ما إذا امتزج أحدهما بالآخر وصار مستهلكاً ومنعدماً فيه فإنّ مثل هذا الامتزاج لا يوجب الاشتراك قطعاً ومثله لا يمنع عن رجوع مالكه إليه بالفسخ ، إذ المانع عن الرجوع كان هو الشركة وقد عرفت أنّها لا تحصل في المقام ، ولا تتغيّر العين عمّا كانت عليه ، سواء أوجب زيادة قيمة المال المستهلك فيه كما إذا مزج عطر شخص في زيته ليستحسن ريحه وتترقّى قيمته ، أم لم يوجب زيادة أيضاً كما إذا امتزج كوز من ماء حلو في حوض من ماء مرّ ، وهذه الصورة كما نستثنيها في المقام نستثنيها فيما إذا حصل المزج بتصرف المغبون فإنّه أيضاً لا يمنع من الفسخ ، لعدم استيجابه الاشتراك ولا تغيّراً مانعاً عن رجوع المال إلى مالكه ، وعليه فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه) في المقام هذا .

إلّا أنّه لا بأس بالتكلّم في أحكام المزج وأقسامه في المقام تبعاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وإن كان خارجاً عن محلّ الكلام .

فنقول : الامتزاج تارةً على نحو الاستهلاك والانعدام كما إذا امتزج مقدار من الماء الحلو في حوض من الماء المرّ واستهلك فيه وانعدم ، وهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الاشتراك بل هو من باب التلف ، فلا يصير مالك الماء الحلو شريكاً لمالك الماء المرّ بوجه ، كما ليس له مطالبته بشيء ، لأنّ الامتزاج حصل بنفسه ووقع الكوز في الحوض بلا استناده إلى أحد .

وهذا من دون فرق بين زيادة قيمة المال المستهلك فيه بالامتزاج كما إذا امتزج عطر أحد في زيت مالك آخر وترقّت قيمة الزيت لطيب رائحته ، وبين عدمها كما في المثال السابق ، وفي كلتا الصورتين لا يستحق مالك المال المستهلك

على الآخر شيئاً لتلف ماله بنفسه .

وأمّا إذا كان المزج بفعل مالك المال المستهلك فيه ، فإن كان يده على المال المنعدم يد ضمان فلا إشكال في وجوب ردّ بدله عليه لإتلافه والفرض أنّ يده يد ضمان ، وأمّا إذا لم يكن يده على وجه الضمان كما إذا كان عنده أمانة وامتزجا بغير إفراط منه فلا يجب عليه تداركه ، وهذا ظاهر .

وأُخرى يكون الامتزاج موجباً لتلف كلا الممتزجين بحسب الصورة وحصول صورة ثالثة ، وهذا كما إذا امتزج الترياك مع البَرش والزعفران وحصل منه معجون البَرش المتداول في سابق الزمان وكان يستعمله الشباب غالباً ونحن أدركناه ، فإنّ المزج بينها يوجب انعدام كل من الأجزاء المذكورة ويحدث صورة ثالثة ، ولعلّه من هذا القبيل مزج العسل بالخل لانعدامهما وحصول السكنجبين وهو شيء آخر ، ومن ذلك أيضاً مزج الماء والورد لاستحصال العرق منهما ويسمّى بعرق الورد ، فإنه ليس بماء ولذا منعنا عن التوضؤ به كما أنه ليس بورد وهو طبيعة ثالثة ، ففي أمثال هذه الموارد يحصل الاشتراك بين المالين لا محالة ، لأنّ خصوصيات المالين وإن زالت وانعدمت بالامتزاج إلّا أنّ هذه الهيئة الحاصلة بالفعل أعني الصورة الثالثة تابعة في الملكية لمادّتها وهي مشتركة بين المالكين ، إلّا أنّ الاشتراك حينئذ اشتراك في المالية لا في نفس المالين ، إذ لم يبق من المالين عين وانعدما بالامتزاج ، فلا وجه لاشتراكهما في المعدومين وإنما يشتركان في المالية ، فإذا فرضنا أنّ قيمة أحدهما كالخل نصف قيمة الآخر كالسكّر مثلاً وكان السكّر منّاً والخلّ منّين فالمال بينهما بالسوية ، كما أنّ كل واحد منهما إذا كان منّاً واحداً فالمال بينهما بالثلث والثلثين ، فثلثان منه لمالك السكّر وثلث منه لمالك الخل لأنّه مقتضى مالية المالين ، إذ المفروض أنّ مالية السكّر ضعف مالية الخلّ ومعه لا معنى لتساويهما في المال الحاصل منهما .

وثالثة لا يوجب الامتزاج تلف شيء من الممتزجين ، بل المالان على حالهما إلّا أنّهما امتزجا كما إذا امتزج أحد المتجانسين بالآخر ، فإنّ هذا الامتزاج لا يوجب تلف شيء منهما ولكنّه يوجب الاشتراك ، وبما أنّ المالين موجودان بنفسهما فلا مجال معه للشركة في المالية ، بل يشتركان في نفس المال المشترك ، والوجه في ذلك : أنّ الفائت بالامتزاج ليس إلّا الخصوصية الشخصية دون أصل المال ، ولا يقاس هذه الصورة بالصورة المتقدّمة أعني مثل مزج العسل بالخل الموجب لتلف المالين وانقلابهما إلى شيء ثالث ، ومع بقاء المالين في المقام لا وجه للاشتراك في المالية بل يشتركان في نفس المال . هذا فيما إذا كان المالان الممتزجان متساويين من حيث الجودة والرداءة ، فإذا كان أحدهما منّاً والآخر منّين فيكون المال مشتركاً بينهما أثلاثاً ، فثلث منه لمالك المنّ وثلثان منه لمالك المنّين ، كما أنّ كل واحد منهما إذا كان منّاً واحداً فالمال بينهما نصفين .

وأمّا إذا اختلف المالان من حيث الرداءة والجودة وكان أحدهما جيّداً والآخر رديئاً ، فقد قسّمه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) إلى قسمين : فتارةً فرض الجيّد ملكاً للمغبون والرديء ملكاً للغابن ، واُخرى عكسه وفرض كون ملك المغبون رديئاً وملك الغابن جيّداً ، وإن لم يكن بينهما فرق على ما ذكرناه سابقاً من أنّ حكم الامتزاج هو حكم التلف ، وليس لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام وجه إلّا أنّه فرضه كذلك ، واحتمل في القسم الأول وهو ما كان الجيّد ملكاً للمغبون احتمالات ثلاثة :

أحدها : أن يكون المغبون مستحقاً لأرش النقص الوارد على ماله بامتزاج مال الغابن به فيطالب الغابن بالأرش .

---

(١) المكاسب ٥ : ١٩٩ .

وثانيها : أنه يستحقّ التفاوت بين الجيد والرديء بأن يأخذ تفاوت الرداءة من نفس المال الممتزج كما إذا كان تفاوت الرداءة نصف منّ فيأخذ المغبون مقدار ماله مضافاً إلى نصف منّ آخر من المال المشترك .

وثالثها : أن يستحق تفاوت الرداءة من الثمن لا من نفس المال المشترك كما إذا كان تفاوتهما بمقدار درهم فيأخذ الدرهم من ثمن المال المشترك .

وأمّا في القسم الثاني وهو ما إذا كان ملك الغابن جيّداً وملك المشتري رديئاً احتمل فيه أمرين :

أحدهما : أن يكون الغابن والمغبون مشتركين في الثمن لا في نفس المال ويعطى من الثمن لكل منهما بنسبة قيمة ماله .

وثانيهما : أن يكونا مشتركين في نفس المال بنسبة قيمة مالهما ، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديء كان المال بينهما أثلاثاً ، فثلثه لصاحب الرديء وثلثاه لمالك الجيّد ، هذا .

وقد اختار شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1]من بين المحتملات الاحتمال الأول وأفاد أنّ امتزاج الجيد بالرديء يوجب الشركة في المال بنسبته ، فإذا كان الجيّد منّاً والرديء منّين فالمال بينهما أثلاثاً ، وذلك لأنّ الرديء إذا كان ملك المغبون وقد مزجه الغاصب أو الغابن بجيّد فهو رزق رزقه الله إيّاه ، لأنّ قيمة ماله يترقّى بذلك وأمّا إذا انعكس وكان الجيّد ملكاً للمغبون والرديء ملكاً للغابن وقد مزجه به فيضمن الغابن أرش النقص الذي أورده على مال المغبون ، ولكن المال مشترك بينهما ولصاحب المنّ منّ من المال المشترك ولصاحب المنّين منّان ، وقد أفاد أنّ الاشتراك في المالية حينئذ مع عدم زوال الكمّية عن المالين ممّا لا وجه له ، لأنّ ما زال

(١) منية الطالب ٣: ١٥٤ .

إنّما هو خصوصية الجودة والرداءة أي الكيفية ، وأمّا الكمّية أعني منّ مالك الرديء أو مقدار منّ مالك الجيّد فهي بعد باقية ، ومعه لا وجه لرفع اليد عنها والاشتراك في المالية ، وعليه فلصاحب المنّ منّ من المشترك ولمالك المنّين منّان منه ، وليس هذا نظير مزج العسل بالخل موجباً لتلف الكمّية أيضاً بحيث لا يمكنه تحصيل مقدار منّه من المشترك ، وقد عرفت أنّ مع بقائها أي الكمّية لا وجه للرجوع إلى الشركة في المالية وإن تلفت الكيفية ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

قلت : قد عرفت أنّ مسألة المزج والاشتراك غير مختصّة بالغبن ، بل قد سبق أنّها أجنبية عن الغابن والمغبون ، وعليه فلابدّ من ملاحظة أنّ المزج مقتضاه ماذا وأنّ السيرة التي هي العمدة في حصول الشركة بالامتزاج هل تقتضي في امتزاج الجيد بالرديء الشركة في المال أو الشركة في المالية ، ثمّ إنّها هل تقتضي ضمان النقص الوارد على مالك الجيّد أو لا ، بلا مدخلية الغابن والمغبون في ذلك .

فنقول : إذا فرضنا مالين متجانسين في مكان واحد لشخصين بلا وقوع معاملة بينهما وقد امتزج أحدهما بالآخر لا بواسطة فعل أحدهما بل بآفة سماوية كريح عاصف أو زلزلة (نعوذ بالله) أو بفعل حيوان من الحيوانات ، فلا ينبغي الاشكال حينئذ في أنه لا موجب لضمان النقص الوارد على مالك الجيد أبداً ، إذ لم يصدر ذلك عن أحدهما وهو ظاهر ، فالحكم بضمان النقص على أحدهما حينئذ بلا وجه ، كما أنه لا وجه لاشتراكهما في المال المشترك بنسبة مالهما ، بأن يطالب مالك المنّ منّاً من المشترك ومالك المنّين منّين منه ، لأنّ المالين قد امتزجا فمنّ منه مركّب من جيّد ورديء فكيف يأخذه مالك المنّ الرديء ، فالاشتراك في المال بنسبة مالهما ممّا لا مقتضي له .

بل الصحيح حينئذ أن يشتركا في المال لكن لا بنسبة مالهما بل بنسبة قيمة مالهما ، فإذا كانت قيمة الأجود تساوي قيمتي الرديء وفرضنا كلاً منهما منّاً فالمال

بينهما أثلاثاً ، فثلث منه لمالك الرديء وثلثاه لمالك الجيّد كما هو نسبة قيمتهما والغرض أنّ الامتزاج يقتضي الشركة في المال دائماً ولا موجب للشركة في المالية والثمن ، إلّا أنّ الاشتراك فيه بنسبة ماليتهما ، فإذا كان مالية أحدهما أكثر من مالية الآخر بالضعف فلا محالة يشتركان في نفس المال أثلاثاً كما تقدّم ، وهذا تارةً يوجب وصول أكثر من منّ واحد لمالك المنّ ، وأُخرى يوجب وصول أقل من مقدار ماله .

ومن هنا يظهر أنه مع بقاء نفس المالين لا وجه للاشتراك في الثمن بأن يباع المال ويقسّم ثمنه ، فإنّ الاشتراك فيه من أجل اشتراكهما في نفس المال فيشتركان فيه بلا موجب للبيع ، هذا كلّه فيما إذا لم يستند الامتزاج إلى أحد .

وأمّا إذا استند إلى أحد المالكين أو إلى ثالث ، فإن لم يحصل بذلك نقص في قيمة المجموع عن قيمة الجميع كما إذا كان أحدهما يسوىٰ مائة فلساً والآخر خمسين فلساً ومجموعهما يسوى بمائة وخمسين فلساً فلا كلام ، وأمّا إذا حصل بالمزج نقص عن قيمة الجميع كما إذا مزج أرزاً يسوى كيلو منه مائة فلس كارز رشت بأرز آخر يسوى كيلو منه عشرين فلساً ومجموعهما لا يشترى بمائة وعشرين وإنما يسوى بثمانين لأجل زوال وصف الخلوص عن أرز رشت وصيرورته مخلوطاً بالأجزاء الصغار ، فلا إشكال في ضمان النقص على من استند إليه المزج ، فإن كان مستنداً إلى ثالث فيضمن النقص لكل من المالكين بنسبة حصّته ، وإذا كان مستنداً إلى أحدهما فبالإضافة إلى حصّة نفسه يتلف ويضمن حصة المالك الثاني ، هذا كلّه فيما إذا امتزج أحد المتجانسين بالآخر ، والمتحصّل أنّ أحدهما إذا كان جيّداً والآخر رديئاً يشتركان في نفس المال المشترك بنسبة مالية مالهما .

ويبقى الكلام فيما ذكره الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[1] من أنّ الاشتراك في المال

---

(١) المبسوط ٢ : ٢٦٣ .

بنسبة المالية يستلزم الربا ، لما أشرنا إليه من أنه ربما يصل إلى مالك المنّ أكثر من منّ واحد وهو ربا .

والجواب عن ذلك : أنّ الربا عبارة عن إعطاء الناقص في مقابل الزائد أو مبادلة الزائد بالناقص ، وهذا إنما يتحقّق فيما إذا كانت المبادلة والمعاوضة اختيارية للمالكين ، وفي المقام لا مبادلة اختيارية بين الجنسين المتجانسين ، وحرمة الربا تختص بالبيع وما يلحقه ، وعلى تقدير التعدّي إلى كل معاوضة فلا محالة تختص بالمعاوضة الاختيارية ، وقد عرفت أنّ المبادلة في المقام قهرية حصلت بحكم الشارع بعد الامتزاج حتّى أنّ المالكين إذا صرّحا بعدم رضاهما بذلك التبديل لا يصغى إليهما ، لرضا الله تعالى بتلك المعاوضة فهي قهرية لا معنى للحرمة فيها ، هذا كلّه في المتجانسين .

ومنه يظهر الكلام في امتزاج جنس بغير جنسه بلا استهلاك أحدهما في الآخر كما في الصورة الأُولى ولا تلف المالين معاً وانقلابهما إلى صورة نوعية ثالثة كما في الصورة الثانية ، ولا مع بقائهما وكونهما من جنس واحد كما في الصورة الثالثة وهذا كما إذا امتزج دقيق الأُرز بدقيق الحنطة أو بدقيق الحمّص أو العدس ، فإنّ حكم هذه الصورة بعينها حكم الصورة الثالثة ، إذ لا فرق بينهما إلّا في أنّ المالين الممتزجين من جنس واحد في الصورة الثالثة ومن جنسين متغايرين في هذه الصورة ، وعليه فإذا لم يكن المزج مستنداً إلى أحد فلا ضمان للنقص الوارد على مالكي المالين .

وأمّا إذا كان مستنداً إلى أحد فإن كان مستنداً إلى فعل ثالث غير المتبادلين فيضمن النقص للمالكين ، وإن كان مستنداً إلى فعل أحدهما فبالإضافة إلى حصّة نفسه يكون تالفاً ويجب عليه دفع حصّة المالك الآخر إليه ، هذا كلّه فيما إذا حصل بالامتزاج نقص على مجموع المالين عن قيمة الجميع ، وإلّا فلا ضمان ، وقد عرفت

أنّ المالكين يشتركان في المال بنسبة مالية مالهما كما تقدّم في صورة امـتزاج أحـد المتجانسين بالآخر ، هذا تمام الكلام في الامتزاج وإنّما تعرّضنا لحكمه بالمناسبة تبعاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا أنّك عرفت أنّ الامتزاج في حكم التلف كما صرّح به هو (قدّس سرّه) فيما إذا حصل المزج بتصرف المغبون ، وأنّ بين ما أفاده في المقام وما ذكره هناك تهافتاً ظاهراً ، نعم الامتزاج الذي هو في حكم التلف لا يـوجب سقوط الخيار لأنه لا يسقط بالتلف الحقيقي فكيف بالامتزاج .

حكم تلف العوضين

ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] أنّ الوجه والمناسبة في التعرّض إلى حكم تلف العوضين في خيار الغبن هو أنّهم لمّا ذكروا في المقام سقوط الخـيار بـتصرف المغبون في المال كان هذا موهماً لسقوط الخيار عند تلف المالين بطريق أولى ، لأنّ المال عند تصرف المغبون باقٍ حقيقة ولكنّه حيث تـصرف فـيه المـغبون حـكمنا بسقوط الخيار به ، فإذا تلفت العين حقيقة يكون الخيار ساقطاً بذلك بطريق أولى فلأجل ذلك تعرّضوا لتلك المسألة في المقام وأرادوا أن يبيّنوا الفارق بـين التـلف وتصرّف المغبون ، وإلّا فالأنسب أن يذكر ذلك في أحكام الخيار .

وكيف كان ، التلف في المقام يتصوّر على أقسام : فإنه تارةً لا يستند إلى أحد وإنما يتلف بآفة سماوية ، وأُخرى يستند إلى فعل أحد المتعاملين ، وثالثة إلى فـعل الأجنبي ، وهذا من دون فرق بين تلف المال المنتقل إليه والمال المنتقل عنه ، فـإنّ حكمهما من باب واحد ، هذا .

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٥٦ .

وقد قسّم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] في المقام تقسيماً آخر حيث فرض الصور الثلاث المتقدّمة فيما وصل إلى المغبون وهو المال المنتقل إليه تارةً وفرضها فيما وصل إلى الغابن وهو المال المنتقل عنه أُخرى.

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) بأنّ هذا التقسيم ممّا لا يترتّب عليه أثر، لأنّ تلف المال المنتقل إليه أو المنتقل عنه حكمه حكم الآخر ولا فرق بينهما في الحكم بوجه.

وهذا هو الصحيح لأنّهما من وادٍ واحد لا يختلف حكمهما.

وعلى أيّ حال إذا قلنا بتعلّق حقّ الخيار بالعين كما يظهر ذلك من بعض كلمات العلّامة (قدّس سرّه)[٢] عند تعليله لسقوط الخيار بأنّ العين تلفت ومعه لا يمكن الترادّ نظير الهبة من العقود الجائزة لاشتراط جواز الرجوع فيها ببقاء نفس العين، وكجواز الرجوع في المعاطاة حيث إنّ الجواز فيها بمعنى ترادّ العينين، كان لتوهّم سقوط خيار الغبن بتلف المالين وجه، لاستحالة الترادّ حينئذ كما في المعاطاة وخصوص الهبة من العقود الجائزة.

وأمّا إذا قلنا بتعلّق حقّ الخيار بالعقد لأنّه بمعنى ملك فسخ العقد ومن آثاره ترادّ العينين على تقدير بقائهما لا أنّ الخيار معناه الترادّ، فلا وجه لسقوط الخيار في المقام بتلف المالين، وهذا ظاهر.

وعليه فيقع الكلام في مسائل:

المسألة الأُولى: فيما إذا تلف أحد المالين بآفة سماوية أو أتلفه من في يده كما إذا أتلف المغبون ما في يده. ثمّ التلف والاتلاف قد يكون قبل الفسخ وقد يكون

---

(١) المكاسب ٥: ٢٠٠.

(٢) التذكرة ١١: ٧١.

بعده ، وعلى كل تقدير فالمال مضمون على من أتلفه أو تلف في يده ، فإن كان هو المغبون كان هو الضامن ، إذ بالفسخ تنحلّ المعاملة ويرجع كل مال إلى مالكه إن كان موجوداً وإلّا فلابدّ من دفع بدله ، ويد المغبون فيما إذا كان التلف بعد الفسخ ليست يداً أمانية وإنّما هي يد ضمانية ، لأنّ الغابن لم يدفعه إليه للحفظ والأمانة وإنّما دفعه إليه في مقابل ماله ، فالتلف في هذه الصورة مضمّن ولا إشكال فيه ، لأنه نظير غيره من موارد تلف مال أحد عند غيره وكون يده ضمانية .

وإنّما الكلام في أنه يضمن للغابن قيمة المال يوم التلف أو قيمته يوم الفسخ أو قيمته يوم الأداء ؟

أمّا احتمال وجوب دفع أعلى القيم من يوم الفسخ إلى يوم الأداء فهو مقطوع العدم في المقام ، لأنّا لم نقل به في الغصب فكيف بالبيوع الفاسدة والمقام ، والوجه في عدم اعتباره ما ذكرناه في محلّه من أنّ الضامن بالغصب أو بغيره من أسباب الضمان إنّما يجب عليه أن يخرج عن عهدة نفس العين وأوصافها التي يدخل تحت يد الضامن ، وأمّا القيمة السوقية فهي أمر اعتباري لا يدخل تحت يد أحد حتّى يضمنها ، ولأجل ذلك إذا دفع الغاصب نفس العين بعد تنزّل القيمة السوقية لا يجب عليه ردّ المقدار النازل من القيمة السوقية ، لأنّه إنّما يضمن العين دون القيمة السوقية وهذا ظاهر ، فلا وجه لاحتمال وجوب ردّ أعلى القيم في المقام .

وأمّا قيمة يوم التلف فالوجه في وجوب دفع تلك القيمة أنّ هذا الوقت أعني وقت التلف هو زمان الحكم عليه بوجوب ردّ القيمة ، لأنه إلى هذا الزمان كان مكلّفاً بردّ نفس العين لبقائها ، وحين تلفها تبدّل ضمان العين بضمان قيمتها أو مثلها وتوجّه عليه التكليف بوجوب دفع القيمة .

وقد أجبنا عن ذلك في محلّه : بأنّ وقت التلف وإن كان وقت تبدّل الضمان أي تبدّل ضمان العين بضمان القيمة وقد حكم عليه بوجوب ردّ قيمتها ، إلّا أنّ المراد

بالقيمة لا يتعيّن أن يكون هو قيمة يوم التلف ، بل يحكم عليه حينئذ بوجوب ردّ قيمة يوم الغصب أو يوم الأداء ، وبالجملة فتوجّه وجوب ردّ القيمة وإن كان في زمان التلف إلّا أنّه لابدّ من بيان أنّ المراد بها أيّ قيمة فهل يحكم عليه في ذاك الوقت بوجوب ردّ قيمة ذلك الوقت أو قيمة وقت آخر ، فلا يوجب توجّه الحكم بوجوب ردّ القيمة حين التلف أن يكون الواجب ردّ قيمة يوم التلف ، هذا ما أجبنا به عن تعيّن قيمة يوم التلف في موارد الغصب .

وأمّا في أمثال المقام ممّا إذا كان التلف قبل الفسخ فلا حاجة إلى هذا الجواب أيضاً ، لأنّ المال حين تلفه لم يكن ملكاً للغير كما في الغصب حتّى يتوجّه عليه وجوب ردّ قيمته ، بل كان التالف ملك نفسه وإنّما يفسخ المعاملة بعد ذلك وبه ينتقل التالف إلى ملك مالكه السابق ، وأمّا قبل الفسخ فالتالف لا يدخل في ملك شخص آخر حتى يتوجّه عليه ذلك الخطاب .

وليعلم أنّ مرادنا من كون التالف ملكه مع تلفه ، أنّ العين تنتقل إلى ذمّته في عالم الاعتبار ، وهي في هذا الحال ليست مملوكة للغير ولعلّه ظاهر ، فإذن يدور الأمر بين وجوب ردّ قيمة يوم الغصب وهو ينطبق في المقام على يوم الفسخ ، لأنّه يوم اشتغال ذمّته بمال الغير ، ووجوب ردّ قيمة يوم الأداء وقد ذكرنا في محلّه أنّ مقتضى القواعد تعيّن قيمة يوم الأداء ، لأنه وقت تفريغ الذمّة عن مال الغير ، فإن كانت عينه موجودة فيرد عينه وإلّا فيردّ قيمتها حينئذ كما ذهب إليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١).

وما أفاده من تعيّن قيمة يوم الأداء في غاية المتانة لولا صحيحة أبي ولّاد حيث دلّت على وجوب ردّ قيمة يوم الغصب ، ولكنّها تختص بالغصب ولا يمكن

(١) منية الطالب ٣: ١٥٧ .

التعدّي عن موردها إلى غيره من البيوع الفاسدة وما نحن فيه ، إلّا بتقريب أن يقال : إنّ بين قيمة يوم الغصب وقيمة يوم الأداء عموماً من وجه ، وذلك لتطابقهما وتساويهما في بعض الموارد كما إذا كان قيمة المال يوم غصبه خمسة دنانير وكانت قيمته يوم الأداء أيضاً كذلك ، واختلافهما في موردين ، وهذا لأنّ قيمة يوم الغصب تارةً يكون أزيد وأعلى من قيمته يوم الأداء كما إذا كانت قيمته يوم الغصب عشرة ونزلت يوم أدائها وصارت خمسة ، وأُخرى يكون قيمة يوم الأداء أزيد من قيمته يوم الغصب كما إذا كانت القيمة يوم الغصب عشرة ويوم الأداء خمسة عشر ، وقد دلّت الصحيحة على أنّ الواجب على الغاصب ردّ قيمة يوم الغصب ، فلو حكمنا في المقام بوجوب ردّ قيمة يوم الأداء لكان حال غير الغاصب أسوأ من حال الغاصب لأنّ المغبون غير غاصب في المقام فكيف يحكم عليه بوجوب دفع خمسة عشر التي هي قيمة يوم الأداء (عند ترقّي القيمة وزيادتها عن قيمة يوم الغصب) ويحكم على الغاصب بوجوب ردّ قيمة يوم الغصب وهي عشرة ، أفهل يكون حال غير الغاصب أسوأ من حاله ويراعي الشارع جانب الغاصب ويكلّف غيره بأشقّ من حكم الغاصب ، كلّا إنّ هذا ممّا لا وجه لاحتماله مع اشتهار أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال .

وكيف كان ، فتعيّن قيمة يوم الأداء يستلزم هذا المحذور في بعض الموارد (وهو ما إذا كانت قيمة يوم الأداء أزيد من قيمة يوم الغصب) وحيث إنّا نقطع بأنّ الشارع لا يراعي حال الغاصب ولا يسامحه بما لا يسامح به غير الغاصب ، لأنه إمّا أن يساوي الغاصب أو يكون حال الغاصب أسوأ منه ، وأمّا كون حال غير الغاصب أسوأ من حال الغاصب فهو ممّا لا نحتمله ، فلابدّ من تعيين قيمة يوم الغصب في المقام حتى يكون حاله مساوياً مع الغاصب ولا يكون حاله أسوأ من حال الغاصب وبهذا لا مانع من أن تشمل الصحيحة البيوع الفاسدة في المقام ، فلا يمكن الالتزام

بتعيّن قيمة يوم الأداء أبداً .

ولا يكاد ينقضي تعجّبي أنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) مع التفاته إلى ما ذكرناه وتوجّهه إليه عند التكلّم في صحيحة أبي ولّاد ذهب في المقام إلى تعيّن قيمة يوم الأداء .

والمتحصّل من جميع ذلك : أنه يجب على المغبون ردّ قيمة المال إلى الغابن بعد فسخ المعاملة لاستحالة ردّ العين ، هذا فيما إذا تلف أحد المالين .

وأمّا إذا تلف كلاهما فيسقط القيمة عن كل منهما بالتهاتر ويجب دفع المقدار الزائد منهما ، هذا كلّه في التلف السماوي أو إتلاف أحدهما ما عنده من المال والمتلخّص أنّ الفاسخ يضمن حسب القاعدة قيمة المال يوم الأداء للغابن لأنّ العين في ذمّته حتّى يخرج عن عهدتها ، فلا محالة يضمن قيمة يوم الأداء ، إلّا أنّ صحيحة أبي ولّاد دلّتنا على أنّ الاعتبار بيوم الغصب المنطبق في المقام على يوم الفسخ ، لأنّه يوم ضمان المال وقبله كان ملكه ولا معنى لضمانه مال نفسه ، وإن شئت عبرت عنه بيوم الضمان .

المسألة الثانية : ما إذا أتلف أحدهما ما عند صاحبه من المال كما إذا أتلف المغبون ما عند الغابن من المال المنتقل إليه منه أو أتلف الغابن ما عند المغبون ثمّ بعد ذلك فسخ المغبون ، وقد عرفت أنّ إتلاف المغبون مال الغابن أو العكس كلاهما من وادٍ واحد ولا فرق بينهما ، وإن فصّل بينهما شيخنا الأنصاري وجعلهما قسمين .

وكيف كان فإذا فرضنا أنّ المغبون قد أتلف ما عند الغابن ثمّ فسخ أو أتلف الغابن ما عند المغبون ثمّ فسخ المغبون (لنفرض الكلام في إتلاف الغابن حتّى يظهر منه حكم إتلاف المغبون) فلا محالة يستحق المغبون ثمنه الذي أدّاه إلى الغابن كما هو معنى الفسخ ، لأنه يوجب انتقال كل من المالين إلى مالكه الأوّل ، فبالفسخ يرجع الثمن إلى المغبون كما يرجع الغابن ببدل ماله إلى المغبون لعدم بقاء عين ماله

والمفروض أنه قيمي فيطالب المغبون بقيمة ماله ، كذلك المغبون يطالب الغابن بقيمة ماله الذي أتلفه الغابن قبل فسخ المعاملة ، لأنّ المال حينئذ كان ملك المغبون وأتلفه عليه الغابن فيضمن له بقيمته ، وفي الحقيقة يطالب المغبون الغابن بأمرين : أحدهما الثمن وهو يرجع إليه بلا خلاف بمقتضى الفسخ . وثانيهما : قيمة المال الذي أتلفه الغابن في ملك المغبون ، كما أنّ الغابن يطالب المغبون بقيمة ماله بمقتضى الفسخ وعدم بقاء عين ماله . أمّا الثمن فهو يرجع إلى المغبون بالفسخ وهو ظاهر ، وأمّا قيمة المال الذي أتلفه الغابن فيطالبها المغبون من الغابن كما يطالبها الغابن من المغبون ، وهي قيمة مال واحد كان انتقل من الغابن إلى المغبون بالبيع .

فإن جعلنا الاعتبار في موارد الغصب والبيوع الفاسدة والاتلافات بقيمة يوم الأداء أو بقيمة يوم التلف فيسقط كل ما لأحدهما على الآخر من القيمة بالتهاتر القهري لتساويهما حينئذ .

وأمّا إذا جعلنا المدار بقيمة يوم الغصب والضمان فيختلف القيمتان اللتان يطالبهما الغابن من المغبون والمغبون من الغابن أحياناً .

وتوضيح ذلك : أنه إذا قلنا بضمان قيمة يوم الأداء التي تقتضيها القواعد حيث إنّ العين في ذمّة المتلف إلى أن يخرج عن عهدتها بردّ عينها إن كان وإلّا بردّ قيمتها أي قيمة العين التي في ذمّته إلى هذا الزمان وهي قيمة يوم الأداء ، أو قلنا بقيمة يوم التلف ، فالقيمة التي يطالبها الغابن من المغبون مساوية للقيمة التي يطالبها المغبون من الغابن ، لأنّ المال المطالب بقيمته كل من الغابن والمغبون مال واحد ويوم تلفه يوم واحد ، وقد فرضنا أنّ المغبون يطالب الغابن بقيمة يوم التلف لأنّه أتلفه عليه كما أنّ الغابن يطالب المغبون بقيمة ماله يوم التلف ، فالقيمتان قيمة يوم التلف فيكون ما في ذمّة أحدهما للآخر مطابقاً ومساوياً لما في ذمّة الآخر له ، فيتساقطان بالتهاتر القهري .

وكذا الحال فيما إذا جعلنا المدار بقيمة يوم الأداء فإنّ المغبون يطالب الغابن بقيمة ماله يوم الأداء لأنه في ذمّته إلى هذا الوقت فعليه أن يخرج عن عهدته كما أنّ الغابن يطالب المغبون بقيمة ماله يوم الأداء ، فالقيمتان قيمة يوم الأداء وهو يوم واحد (إذ يوم أداء المغبون القيمة إلى الغابن هو يوم أداء الغابن ما على ذمّته إلى المغبون ، وذلك لأنّ كلاً منهما إذا طالب الآخر بخمسة قرانات فأراد أحدهما أداء ما في ذمّته فلا محالة يسقط عنه بالتهاتر كما يسقط عن ذمّة الآخر ، كذا أُفيد) فالقيمتان متساويتان فيتساقطان بالتهاتر القهري .

وأمّا إذا جعلنا الاعتبار بقيمة يوم الغصب والضمان فتختلف القيمتان ، لأنّ يوم الضمان من طرف الغابن هو يوم إتلافه ، لأنه قد ضمن قيمة هذا المال للمغبون في ذلك الوقت ، وأمّا يوم الضمان من طرف المغبون فهو يوم الفسخ لأنه يوم ضمان المغبون بالقيمة وهو ظاهر ، وحيث اختلف اليومان فقد تختلف القيمتان ، وعليه فالتهاتر إنّما يكون في مقدار منهما دون المقدار الزائد وهو واضح ، هذا .

ويمكن أن يقال : إنّ مقتضى صحيحة أبي ولّاد وإن كان ضمان يوم الغصب إلّا أنّ مقتضى السيرة العقلائية خلاف ذلك ، لأنّهم في أمثال المقام ممّا يطالب فيه الاثنان المال الواحد كل من الآخر والضمان من جانبين يرون الاعتبار بيوم الأداء وتساقطهما بالتهاتر ، وصحيحة أبي ولّاد كما عرفت جعلت الضمان والاعتبار بقيمة يوم الغصب على خلاف القاعدة ، إذ القاعدة تقتضي اعتبار قيمة يوم الأداء ، لأنّ العين في ذمّة المتلف حتّى يخرج عن عهدتها بأداء نفسها أو قيمتها وقتئذٍ وهي قيمة يوم الأداء ، ولا يمكن التعدّي عن موردها إلى المقام لأنّها وردت في مورد الضمان من طرف واحد حيث قال (عليه السلام) : « قيمة بغل يوم خالفته »[1] والضمان في

(١) الوسائل ١٩ : ١١٩ / كتاب الاجارة ب١٧ ح١ .

المقام من طرفين فأحدهما يضمن قيمة المال بالفسخ وهو المغبون ، وثانيهما يضمنها بالاتلاف فيتساقطان بالتهاتر القهري ، إذ المدار حينئذ بقيمة يوم الأداء .

وتوضيحه : أنّ ضمان القيمة ووجوب دفعها إنّما هو في صورة عدم وصول العين إلى مالكها حقيقة أو حكماً ، إذ لا يحتمل مع وصول العين إلى مالكها تغريم الطرف بقيمتها ، وفي مفروض المقام قد وصل العين إلى الغابن باتلافه ، وهذا نظير ما إذا غبن خبّاز أحداً فباع القرص من الخبز بعشرين فلساً ثمّ أخذه من يد المشتري المغبون فأكله ، فإذا فسخ المغبون حينذاك وطالب الخبّاز بفلوسه أفيحتمل أن يطالبه الخبّاز بقرصه فإنّه يجيبه بأنّك قد أخذت مالك وأكلته .

وبالجملة : أنّ التغريم بالقيمة في غير صورة وصول العين إلى مالكها حقيقة أو حكماً ، وأمّا معه فلا وجه لوجوب دفع القيمة ، والمقام من هذا القبيل لوصول المال إلى مالكه حكماً لأنه الذي أتلفه ، وعليه فتتساقط القيمتان بالتهاتر ولا وجه لضمان قيمة يوم الضمان حينئذ .

وهذا الوجه وإن لم أرَ من تعرّض له إلّا أنه موافق للقاعدة ومطابق للسيرة العقلائية ، والصحيحة مختصة بموردها ولا يمكن التعدّي عنها لمخالفتها للقاعدة وموردها هو ما إذا كان الضمان من طرف واحد ، وأمّا في موارد ضمان شخصين لمال واحد كما في المقام فلأجل عدم مطابقة الصحيحة للقاعدة لا يمكن التعدّي إليه ، هذا كلّه في صورة الاتلاف من غير إبراء المالك ذمّة المتلف عن ضمانه .

وأمّا إذا أبرأ المغبون ذمّة الغابن عن ضمان ما أتلفه عليه ثمّ بعد ذلك فسخ العقد ، فمقتضى قانون الفسخ رجوع الثمن إليه وللغابن مطالبته بالمثمن ، ولا يمنع عنه إتلافه لأنه قد خرج عن عهدته بابراء المغبون فكأنّه لم يتلف أصلاً فيرجع إليه بالمثمن لا محالة ، هذا كلّه في صورة إتلاف أحدهما مال الآخر .

المسألة الثالثة : فيما إذا أتلفه الأجنبي ثمّ بعد ذلك فسخ المغبون ، فللمالك أن

يرجع إلى كل من طرفه أو الأجنبي ، لأنّ المال بحسب البقاء صار ملكه فيطالب المتلف بماله ، كما يتمكّن من مطالبة طرفه ، وهذا بناءً على أنّ الاعتبار بضمان قيمة يوم الأداء أظهر ، لأنّ العين باقية في ذمّة المتلف حتّى يخرج عن عهدتها ، فما دام لم يؤدّها فذمّته مشغولة بالعين ، وحيث إنّها صارت ملك الطرف بقاءً بالفسخ فله أن يطالب من عنده ملكه ، وكذا الحال بناءً على أنّ الاعتبار بقيمة يوم التلف .

وأمّا بناءً على أنّ الاعتبار بقيمة يوم الغصب والضمان فيمكن أن يقال إنّه لا يصحّ للمالك أن يرجع إلى المتلف ، لأنّ ضمان المتلف إنّما هو بقيمة يوم التلف لأنه وقت ضمانه بها ، وضمان الطرف بقيمة يوم الفسخ ، وقد عرفت إمكان اختلاف القيمتين بحسب اليومين ، ومعه أي مع عدم كون ما اشتغل به ذمّة المتلف والطرف متّحداً لا يتمكّن المالك من مطالبة المتلف ، إذ له أن يقول إنّك إنّما تستحق قيمة يوم الفسخ وما في ذمّتي قيمة يوم التلف وأحدهما غير الآخر ، فلا يصح له أخذ ما في ذمّة المتلف حينئذ .

الكلام في جريان خيار الغبن في غير البيع وعدمه

قد وقع الخلاف في جريان هذا الخيار وهو خيار الغبن في غير البيع من المعاوضات والعقود واختصاصه بالبيع ، ثمّ على تقدير اختصاصه بالبيع فهل يختص بقسم خاص منه وهو ما لا يكون مبنيّاً على السماح أو يعم جميع أفراد البيع كان مبنياً على السماح أم لم يكن ؟

فمنهم من ذهب إلى جريان الخيار في جميع أقسام العقود والمعاوضات ، ومن ذهب إلى اختصاصه بالبيع ، ومنهم من ذكر أنّ العبرة بملاحظة كل عقد ومعاوضة في نفسه فإذا كان مورداً للمداقة وعدم المغابنة فيجري فيه هذا الخيار ، كان عقد بيع أو عقد إجارة أو عقداً غير مشتمل على المعاوضة كالصلح غير المتضمّن للمعاوضة

كما أنه إذا كان مورداً للسماح وعدم الدقّة بحسب المالية فلا يجري فيه الخيار ، عقد بيع كان أو عقد إجارة أو صلح .

وهذه المسألة كما ذكرها شيخنا الأنصاري(١) ممّا لم يتعرّض لها الفقهاء ، وإنّما تعرّضوا لجريان خيار الشرط في جميع العقود وصرّحوا بعدم اختصاصه بالبيع ، كما تعرّضوا لخيار المجلس وخصّوه بالبيع ، ولا يستفاد من تعرّضهم لهذين الخيارين وتخصيص خيار المجلس بالبيع أنّ غيرهما من الخيارات ممّا لا خلاف في جريانها في جميع العقود ، إذ لا مفهوم لتخصيص خيار المجلس بالبيع في جريان غيره في تمام العقود ، لأنّ الوجه في تعرّضهم لخيار المجلس هو ردّ بعض العامّة حيث ذهب إلى جريانه في غير البيع من العقود فأرادوا بذلك ردّه ، فلا دلالة فيه على جريان سائر الخيارات في جميع العقود .

إذن فلابدّ من ملاحظة مدرك هذا الخيار لنرى أنّه يقتضي اختصاصه بالبيع أو شموله لسائر الخيارات فنقول : إن كان مدرك خيار الغبن هو الاجماع فلابدّ من تخصيصه بالبيع ، لأنه المقدار المتيقّن دون غيره من سائر العقود ، إذ لا إجماع عليه في غير البيع وهو ظاهر .

ثم إنه لا يجري في جميع أفراده بل يختص بقسم خاص وهو البيع المبني على التدقيق بحسب المالية وعدم المغابنة دون المبني على السماح ، إذ لا إجماع هناك والمقدار المتيقّن منه هو خصوص البيع المبني على الدقّة .

وإن كان مدركه حديث لا ضرر كما اعتمد عليه بعضهم فهو يشمل جميع العقود والمعاوضات ، لأنه عام ولم يرد عليه تخصيص في مورد ، نعم لو قام هناك دليل على عدم جريان لا ضرر في عقد من العقود فلا محالة لا يجري فيه الخيار

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠٥ .

ولكنّه لم يرد عليه تخصيص إلّا في موارد الاقدام لما أشرنا إلى وجهه من أنّ شموله لتلك الموارد أيضاً ينافي الامتنان ، فهل يشمل ذلك موارد البيع غير المبني على التدقيق أو لا ، هذا مبني على ملاحظة أنّ الاقدام على الضرر هل يختص بصورة العلم بالضرر وعليه فلا يشمل البيع المبني على المسامحة ، إذ لا إقدام فيه على الضرر لعدم العلم بالضرر في مثله ، أو أنه يعم موارد الجهل بوجود الضرر أيضاً وأنّ الاقدام يصدق مع الجهل بالضرر ، وعليه فلا يجري الخيار في مثل البيع المبني على السماح لصدق الاقدام فيه وهو مخصّص لعموم قاعدة لا ضرر .

وأمّا إذا كان مدركه هو الاشتراط الضمني فحال البيع المبني على السماح أظهر وتوضيح ذلك : أنّ بعض العقود بحسب طبعها مبني على التدقيق بحسب المالية والقيمة ، وهذا نظير البيع والاجارة ونحوهما ، لأنّ طبعهما يقتضي التدقيق وبعضها الآخر بحسب طبعه غير مبني على الدقة وهذا كالصلح فإنّ السماح وإن لم يؤخذ في الصلح على وجه التقييد ، لأنّ بعض أفراده كالبيع مبني على المداقة ، إلّا أنه بحسب طبعه مبني على المسامحة .

فأمّا القسم الأوّل فكون طبع العقد في نفسه مقتضياً ومبنياً على التدقيق قرينة ارتكازية عامّة على اشتراط تساوي القيمتين ضمناً ، ومع الاشتراط الضمني لا محالة يتحقّق الخيار ، بل يكون من أحد أفراد خيار الشرط الذي صرّحوا بعدم اختصاصه بالبيع . وبالجملة إذا تحقّق الاشتراط الضمني في مورد فلا محالة يترتّب عليه الخيار ، عقد بيع كان أو عقد إجارة أو عقداً آخر .

وأمّا القسم الثاني فحيث إنّ طبع العقد في حدّ نفسه مبني على السماح فلا يستفاد في مثله الاشتراط الضمني إلّا إذا قامت عليه قرينة شخصية ، وهذا أيضاً لا يفرّق فيه بين الموارد ، بل المدار على قيام القرينة الشخصية على الاشتراط الضمني فإنه يستتبع الخيار لا محالة .

وملخّص ذلك : أنّ جريان الخيار في كل مورد يتوقّف على جعل الخيار والاشتراط الضمني ، والكاشف عن ذلك في مثل البيع ونحوه ممّا يقتضي المداقّة بطبعه هو نفس الارتكاز ، لأنه قرينة عامّة على جعل الخيار والاشتراط ، وأمّا في غير العقود التي تقتضي المداقّة بطبعها كالصلح ونحوه فلابدّ في الكشف عن جعل الخيار والاشتراط من وجود قرينة خاصّة قائمة عليه ، وعليه فما أفاده ذلك البعض الذي ذهب إلى ملاحظة كل عقد في حدّ نفسه وأنه مبني على المداقة أو غير مبني على التدقيق هو الصحيح ، وهذا من غير فرق بين العقود إذ المدار على جعل الخيار والاشتراط سواء كان هناك قرينة عامّة على الخيار أم لم يكن ، وهذا كما إذا تصالح أحد مع الآخر باعتقاد أنّه يطلبه بمقدار قليل ثمّ ظهر أنه يطلبه بآلاف دينار ، فإنّ الصلح في حدّ طبعه مبني على السماح ، إلّا أنّ هناك قرينة خاصّة على الاشتراط أي اشتراط التساوي وعدم زيادة الدَين عمّا يعتقده ، فإذا ظهر خلافه فلا محالة يثبت له الخيار .

ومن هنا يظهر أنّ لفظ الغبن وإن لم يرد في لسان الدليل حتّى نحقّق مفهومه ونرى أنه صادق أو غير صادق إلّا أنا لا نحتاج إلى صدق الغبن في ثبوت الخيار ، بل إنّما نتّبع جعل الخيار والاشتراط .

وبالجملة : أنّ مقتضى الأصل في المعاملات اللزوم ويحتاج الخروج عمّا تقتضيه أصالة اللزوم إلى دليل مخرج وهو جعل الخيار والاشتراط ، فلابدّ من ملاحظة كل عقد عقد ليرى أنه هل فيه قرينة عامة أو خاصة على جعل الخيار والاشتراط فيحكم فيه بخيار الغبن ، أو أنه ليس هناك قرينة عليه لا على نحو العموم والارتكاز ولا على نحو الخصوص ، فلا يرفع اليد حينئذ عن أصالة اللزوم كما لا يخفى .

القول في أنّ خيار الغبن على الفور أو التراخي

قد وقع الكلام في أنّ خيار الغبن فوري بحيث إذا علم بغبنه وتمكّن من إعمال خياره ولم يُعمل سقط خياره ، أو أنه متراخ وله الخيار بعد العلم بغبنه مطلقاً ، وقد ذهب المشهور إلى أنّ الخيار فوري واستدل عليه : بأنّ الخيار على خلاف الأصل لأنّ الأصل في البيع هو اللزوم ، فلابدّ من الاقتصار فيه على المتيقّن وهو الزمان الأول .

وعن صاحب الرياض (قدّس سرّه)[1] أنّ مدرك الخيار إن كان هو الاجماع فالخيار على التراخي للاستصحاب ، وإن كان مدركه حديث نفي الضرر فهو فوري لارتفاع الضرر واندفاعه بالخيار في الزمان الأول .

قلت : إنّ التمسّك في فورية الخيار بأنه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقّن إنّما يصحّ فيما إذا لم يكن دليل على الخيار في الآن الثاني والثالث وهكذا ، إذ مع وجود دليل الخيار لا معنى للتمسك بالقدر المتيقّن فإنه يتوقّف على أمرين : أحدهما ثبوت المقتضي للملكية واللزوم في الآن الثاني . وثانيهما : عدم المانع عن تأثيره ، وحينئذ يتمسك في الخيار والجواز بالقدر المتيقّن وهو الزمان الأول ، وأمّا مع وجود المانع عن مقتضي اللزوم في الآن الثاني أو انتفاء المقتضي له فلا معنى للتشبّث بالمتيقن ، فإذن لابدّ من النظر إلى ما يدل على وجود مقتضي الملكية وعدم المانع عنه في المقام .

ومن هنا قرّر صاحب جامع المقاصد (قدّس سرّه)[2] دليل فورية الخيار بأنّ

---

(١) رياض المسائل ٨: ١٩١ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٣٨ .

عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] يقتضي لزوم العقود في جميع الأزمنة ، إذ لا معنى للزوم العقد آناً ما ، فإنّ الأمر بالوفاء في الآن الواحد لغو وتحصيل للحاصل ، لبعد فسخ المتعاملين المعاملة بعد تحقّقها بلا فصل ، لأنّ العادة تقتضي الالتزام بها في مدّة وزمان أكثر من الآن قطعاً ، ثمّ لو فسخها يفسخ بعد تلك المدّة ، وبهذا أثبت المقتضي للملكية في الزمان الثاني وهو عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وعدم المانع عنه بعدم ثبوت الخيار في الآن الثاني لعدم إطلاقه ، هذا .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] بما أفاده في المتن وبيّنه في رسائله[٣] وحاصله : أنّ الحكم تارةً يتعلّق بكلّ فرد من الأفراد الطولية للموضوع كما يتعلّق بكل واحد من الأفراد العرضية له بأن يلاحظ كل فرد في كل زمان من الأزمنة المتعاقبة موضوعاً وفرداً منه ، فيكون هناك أحكام متعدّدة وإن كان إنشاؤها واحداً ، وفي هذه الصورة إذا خرج فرد من تلك الأفراد عن تحت العموم فهو لا يمنع عن التمسّك بالعموم في الفرد الآخر ، إذ المفروض أنّها أفراد متغايرة وكل واحد منها موضوع مستقل للحكم ولا ربط لخروج أحدها بسائر الأفراد بوجه .

بل ولا يصح الاستصحاب في هذا القسم فيما لو ابتلي العام بمعارض ولم يمكننا التمسّك به ، وذلك لأنه من باب اسراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر وليس من باب إبقاء حكم واحد على موضوعه .

واُخرى يترتّب الحكم على مجموع الأفراد الطولية ويفرض الجميع فرداً واحداً فيحكم عليه بحكم ، فيكون الفرد في كل واحد من الأزمنة جزءاً للموضوع

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٠٧ .

(٣) فرائد الاُصول ٢ : ٦٨٠ ـ ٦٨٢ .

المركّب لا فرداً مستقلاً من الموضوع ، وفي هذا القسم إذا ورد مخصص على الحكم وأخرج بعض الأفراد في بعض الأزمنة من عموم ذلك الحكم للعام ، فلا محالة يرتفع به أصل الحكم ويحتاج ثبوته في الزمان الثاني إلى دليل آخر ، إذ المفروض أنّ الحكم كان واحداً وقد ارتفع في زمان ، ولا إطلاق للمخصّص أيضاً حتى يتمسّك باطلاقه في الأزمنة المتأخّرة ، وفي هذه الصورة لابدّ من التمسّك باستصحاب حكم المخصّص للقطع بارتفاع حكم العام بالتخصيص ، فلو ورد حينئذ دليل وقد دلّ على عموم ذلك الحكم العام واستمراره إلى الأبد كدليل اللغوية والحكمة ، أو رواية دلّت عليه مثلاً ، فهو لا يكون منافياً للحكم الخاص ، وذلك لأنّ الاستمرار حينئذ حكم طرأ على حكم العموم وأنّ حكمه إذا ثبت يدوم ، فإذا ورد خاص ورفع حكم العام فلا يثبت في البين حكم حتّى يحكم باستمراره وهذا نظير قوله (عليه السلام) « حلال محمّد (صلّى الله عليه وآله) حلال إلى يوم القيامة »[1] حيث دلّ على استمرار حلّية ما ثبتت حلّيته ، فإذا فرضنا دليلاً دلّ على حرمة أمر مباح كحرمة الأكل والشرب في نهار شهر رمضان المحلّلين في غيره ، فهل يكون ذلك مناقضاً لقوله (عليه السلام) « حلال محمّد » إلخ ، والوجه في عدم المناقضة ما عرفت من أنّ قوله (عليه السلام) « حلال محمّد (صلّى الله عليه وآله) » دليل على استمرار كلّ حلّية لو تحقّقت وثبتت فإذا ارتفعت الحلّية في مورد فهو لا يتكفّل لاثبات موضوعه ولا يدلّ على أنّه حلال حتّى يناقض ما دلّ على حرمته ، وإنّما يقتضي الاستمرار لو ثبتت الاباحة .

وبعبارة أُخرى : الاستمرار في هذا القسم وارد على الحكم وموضوعه هو الاباحة أو الوجوب ونحوهما ، وأنّ الحكم أيّاً ما كان مستمرّ ، وهذا بخلاف القسم الأول فإنّ الحكم فيه ورد على الاستمرار وأنّ هذا العالم يجب إكرامه في هذا الزمان

---

(١) الكافي ١ : ٥٨ / ١٩ .

بوجوب مستقل وفي الزمان الثاني أيضاً كذلك وهكذا ، وهذا معنى قوله (قدّس سرّه) إنّ الزمان اُخذ ظرفاً للحكم في هذا القسم .

ثمّ بعد ذلك أفاد أنه يظهر ممّا ذكرناه أنّ مورد جريان كل من العام والاستصحاب مغاير لمورد الآخر ، وفي مورد جريان الاستصحاب لا مجال للتمسك بالعام وهو القسم الثاني ، كما أنّ مورد جريان العموم لا مجال فيه للاستصحاب كما في القسم الأول وأنه لا مورد لاجتماعهما حتّى يقال إنّ العام يخصّص بالاستصحاب ، هذا ثمّ طبّق ما أفاده على المقام وقال : إنّ ما نحن فيه من قبيل القسم الثاني في كلامنا فإنّ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قد أمر باللزوم في جميع الأزمنة وهو حكم واحد مترتّب على مجموع الأزمنة ، واستمراره فيما إذا دلّ عليه دليل أو قاعدة الحكمة واللغوية متفرّع على وجود الحكم باللزوم ، فإذا ورد عليه مخصّص في زمان فقد ارتفع الحكم باللزوم وبعد ارتفاعه في زمان يحتاج عوده بعده إلى دليل فلو شكّ حينئذ فلابدّ من استصحاب حكم المخصص لارتفاع حكم العام قطعاً ووجوب الاستمرار على تقدير دلالة الدليل عليه متوقّف على بقاء اللزوم وقد فرضنا ارتفاعه بالمخصّص ، هذا حقيقة ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام وروحه .

أمّا ما أفاده بحسب الكبرى من أنّ الحكم تارةً يتعلّق بالاستمرار كما في القسم الأول الذي فرض فيه الزمان متقطّعاً ومكثّراً للموضوع والأفراد ، واُخرى يتعلّق الاستمرار بالحكم بمعنى أنّ الحكم بالاستمرار موضوعه وجود الحكم وتحقّقه وبعد وجوده وثبوته نحكم عليه بالاستمرار ، فممّا لا نتعقّله في الأحكام التكليفية فإنّ الحكم التكليفي تارةً يتعلّق بموضوعه على نحو العموم الاستغراقي بحيث ينحلّ إلى كلّ واحد واحد من أفراد موضوعه كما في النواهي بأجمعها فإنّ حرمة الكذب مثلاً تنحلّ إلى أحكام ونواهٍ متعدّدة حسب أفراده ، فيكون هذا الكذب حراماً وذاك الكذب حراماً ، وكذا يتصوّر في الواجبات كما إذا قال : أكرم العلماء ، وفي مثله

إذا ورد تخصيص على بعض أفراد الموضوع وأخرج الكذب أيّام الربيع عن الحرمة فلا ينبغي الاشكال في أنه يتمسك بالعموم حينئذ في سائر الأفراد ، إذ كل فرد من أفراد الكذب موضوع مستقل ولا ربط لخروج أحدها بالآخر ، فيبقى غيره من الأفراد تحت العموم .

وأُخرى يتعلّق بموضوعه على نحو العام المجموعي بأن يفرض الجميع فرداً واحداً مركّباً من أجزاء متعدّدة كعشرة أو أزيد بحيث يكون إتيان الجميع امتثالاً واحداً ومخالفته مخالفة واحدة ، وفي هذه الصورة أيضاً إذا ورد دليل وأخرج فرداً من العام فلا محالة يبقى عموم العام في الباقي متّبعاً ويجب عليه إتيان سائر الأفراد .

وتوضيح ذلك : ما إذا فرضنا المخصص متصلاً كما إذا قال : أكرم هؤلاء العشرة إكراماً لو خالفت في واحد لما امتثلت أصلاً إلّا زيداً فإنّ اكرامه غير واجب ، فإنّ الكلام حينئذ لا يشتمل على تناقض ولا تهافت ، وكذلك فيما إذا كان المخصص منفصلاً .

وبالجملة : فلا فرق في التمسك بالعموم بين أفراد العام من الاستغراقي والمجموعي ، فإنّ العام في كليهما متّبع في غير ما أخرجه الدليل ، فيكون الاستمرار في كلا القسمين متعلّقاً للحكم دون العكس ، فينافيه رفع اليد عن الحكم بعد ذلك : وكيف كان فما أفاده من أنّ الحكم تارةً يتعلّق على الاستمرار وأُخرى يكون متعلّقاً للاستمرار ممّا لا نتعقّله في الأحكام التكليفية .

نعم يتصوّر ذلك في الأحكام الوضعية كالملكية فإنّ الملكية آناً ما غير معقول ، فإذا ورد أنّ من حاز ملك فيستفاد منه الملكية المطلقة والدائمية ، ولكنه لا ينافي تخصيصه بالحيازة في البلدان فإنها لا توجب الملكية في البلد وإنّما توجبها في الصحاري ونحوها ، فإنّ الحكم باستمرار الملك متفرّع على أصل وجود الملك والحكم باستمراره لا يتكفّل لإثبات موضوعه ، وكذا ورد إنّ الوارث إذا كان كافراً

لا يكون مالكاً ولا ينتقل إليه التركة ، فإذا صار بعد مدّة مسلماً فيشك في أنه ينتقل إليه المال أو لا ينتقل .

وبالجملة فلا يمكن التمسّك بعموم العام بعد إخراج فرد منها وتخصيصه في زمان كالاستيلاء فإنّ قوله « من استولى على شيء فهو له » قد أوجب الملكية للاستيلاء ، فإذا أخرجنا الاستيلاء عن ذلك الحكم في زمان فلا يمكن التمسّك بعموم من استولى بعد ذلك الزمان ، فإنّ ثبوته بعد تخصيصه يحتاج إلى دليل ، إذ الاستمرار في مثله إنّما ورد على الحكم بدليل خارجي وهو دليل الحكمة مثلاً ، وهو أي الدليل الدالّ على استمراره فرع ثبوت موضوعه وهو الحكم ، وبعد ما فرضنا أنّ الحكم أي الملكية مخصّصة وقد ارتفعت فلا يبقى موضوع لدليل الاستمرار حتّى يقتضي دوامه كما يمكن أن يكون الحكم في الأحكام الوضعية متكفّلاً لاستمراره بمعنى أن يكون الحكم وارداً على الاستمرار بأن يجعل الملكية المستمرّة أو الزوجية الدائمة ، وحينئذ إذا خرج فرد من أفراده عن الحكم في زمان فنتمسّك بعمومه بعد ذلك الزمان لفرض استمرار الحكم المجعول ، هذا .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ الأحكام التكليفية أعمّ من التحريمية والوجوبية متعلّقة بالأفعال وهي أمر تتقدّر وتتحدّد بالزمان وتنقسم إلى أفراد بحسب الآنات ، مثلاً الكذب الواحد له أفراد طولية بحسب الزمان ، لأنّ الكذب كقوله عندي كذا مقداراً من المال في هذا الآن فرد وفي الآن الثاني فرد آخر ، ولو كان أحدهما مثل الآخر كقوله عندي كذا مقدار إلخ فإنّ الكيف المسموع وإن كان بحسب الألفاظ واحداً إلّا أنه بحسب الحقيقة متعدّد ، وفي مثل ذلك يمكن أن يتعلّق الحكم على كل واحد واحد من الأفراد الطولية بحسب الزمان ، كما يمكن أن يتعلّق حكم واحد على الجميع .

وإذا فرضنا للمتعلّق أفراداً طولية فالمولى بحسب مقام الثبوت إمّا أن يلاحظ

الإطلاق ويحكم على طبيعة ذلك العمل بلا مدخلية شيء من الخصوصيات الفردية وإمّا أن يلاحظ التقييد ويحكم به في زمان خاص وعلى فرد أو أفراد متعيّنة لاستحالة الاهمال في مقام الثبوت ، فإذا نظرنا إلى مقام الاثبات ولم نظفر بتقييد في الكلام فنتمسّك باطلاقه لكشفه عن الاطلاق في مقام الثبوت وبه نحكم بثبوت الحكم في كل فرد من أفراد الزمان ، فإذا خرج فرد من تلك الأفراد وعلمنا بتخصيص الحكم في زمان فلا محالة نتمسك باطلاقه بعد ذلك الزمان ، هذا من غير فرق بين لحاظ الآنات بأجمعها فرداً واحداً ولحاظ كل واحد منها فرداً مستقلاً ، لما عرفت في بحث العام والخاصّ من عدم الفرق في صحّة التمسّك بالعموم بين العام المجموعي والاستغراقي ، هذا كلّه في الأحكام التحريمية .

وكذلك الحال في الأحكام الوجوبية فإنّ الوجوب إذا تعلّق بعمل فيتصوّر له أفراد بحسب الآنات والأزمنة ، والمولى في مقام الثبوت لابدّ له إمّا من الحكم على نحو الاطلاق وإمّا على نحو التقييد ، فإذا كان كلامه في مقام الاثبات مطلقاً فنتمسك بإطلاقه ، وإذا علمنا بتخصيص ذلك الحكم في زمان فلا محالة نتمسك بإطلاق الواجب بعد ذلك الزمان ، وهذا أيضاً من دون فرق بين لحاظ الأفراد على نحو الاجتماع وبين لحاظ كل واحد منها فرداً مستقلاً ، لجواز التمسك بالعام في كل من العام الاستغراقي والمجموعي .

فالمتحصّل : أنّ التخصيص في الأحكام التكليفية في زمان لا يمنع عن التمسّك بعمومها وإطلاقها بعد زمان التخصيص ، هذا .

ومن هنا يظهر أنّ ما أصرّ عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) هنا[١] وفي بحث

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٦٩ .

الأُصول(١) من عدم جواز التمسّك بالعموم في باب النواهي بعد ورد التخصيص عليها في زمان بدعوى أنّ النهي عن المحرّمات لا محيص عن استمراره ، لأنّ النهي عنها في آنٍ من الآنات لغو وتحصيل للحاصل ، إذ كل أحد لا محالة يترك الحرام في آن من الآنات ، فالاستمرار في النواهي استفيد من دليل خارجي وهو دليل الحكمة ، فالاستمرار وارد على الحكم فإذا علمنا بارتفاعه في زمان فيحتاج ثبوته بعد ذلك إلى دليل ، ولا يمكننا التمسّك بعمومه ، لأنّ دليل الاستمرار يقتضي استمرار الحكم على تقدير وجوده ولا وجود له لتخصيصه ، ولا يمكن استفادة العموم من نفسه لأنّ الحكم لا يتكفّل لاستمرار نفسه .

ممّا لا وجه له ويعدّ من غرائب كلامه كما عددناه عند إلقائه ، إذ ليس معنى الاستمرار فيها استمرار الحكم الواحد بل معناه وجود أفراده الطولية بوجود أفراد موضوعه الطولية . فبعد إطلاقها في مقام الاثبات وعدم تقييدها بوقت أو بفرد فلماذا لا يمكننا التمسك باطلاقها ، إذ لا محيص من أحد الأمرين ، فأمّا أن يقيّدها المولى في مقام الثبوت وإمّا أن يطلقها ، وحيث لا دليل على التقييد فيستكشف الاطلاق في الحرمة بحسب أفراد الزمان والآنات ، فإذا خرج فرد من ذلك وعلمنا بتخصيصها في زمان فلا وجه لعدم التمسّك باطلاقها أو عمومها بعد ذلك الزمان .

وأمّا ما نقله عن الفقهاء في المريض إذا احتاج إلى شرب الخمر حيث ذهبوا إلى حرمته عليه حينئذ تمسّكاً باستصحاب الحرمة الثابتة في حقّه قبل المرض واستحسنه (قدّس سرّه) من أجل أنّ المقام ليس من موارد التمسك بالعموم ، لأنّ الحكم لا يتكفّل لاستمرار نفسه ، فهو أغرب من أصل كلامه ، لأنّ الكلام في المقام في صحّة التمسك بالعمومات بعد ورود تخصيص عليها في زمان ، وأمّا التمسّك بها

---

(١) أجود التقريرات : ٤ : ١٧٥ .

قبل ورود التخصيص عليها عند الشك في شمولها لبعض الحالات كالسفر والحضر والمرض والقيام ونحوها فهو ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال ، وإلّا فلا يبقى للتمسك بالعموم والاطلاق مورد ومكان .

بل لازم ما أفاده أنّ أحداً إذا مرض من أوّل بلوغه لا يحرم عليه الخمر ولا سائر المحرّمات لعدم إمكان التمسّك بالإطلاقات وعدم جريان استصحاب الحرمة في حقّه لعدم الحالة السابقة فيه ، وهذا ممّا لا يلتزم به (قدّس سرّه) .

على أنّ إسناد الفتوى بحرمة الخمر حال المرض إلى الفقهاء لأجل الاستصحاب غير مطابق للواقع ، لأنّ كلمات الفقهاء المعروفين الذين بموافقتهم تتم الشهرة لا استدلال لهم في كتبهم إلّا في موارد نادرة على وجه الاشارة كقولهم للاشتغال ونحوه ، وأمّا غيرهم فالميسور من كتبهم عند المراجعة ليس إلّا واحد أو اثنين مع اختلافهم بين المجوّز والمحرّم ، ومعه كيف يصح إسناد ذلك إلى الفقهاء .

وأمّا الأحكام الوضعية فقد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) كما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أيضاً أنّها لمّا لم تعتمد على المتعلّق وهو الأفعال ـ لأنّ الأحكام الوضعية حكم ولها موضوع ولا يتوقّف على متعلّق كالأحكام التكليفية من الأفعال ، إذ الملكية حكم وموضوعها الدار أو الكتاب ونحوهما ـ لم يمكن فيها فرض متعلّقات متعدّدة حسب الآنات والأزمنة كما صوّرناه في متعلّق الأحكام التكليفية ، وعليه فلا تدلّ أدلّتها على الاستمرار بحسب الزمان ، بل هي أحكام تثبت لموضوعاتها فلابدّ في استفادة استمرارها من التماس دليل آخر كدليل الحكمة ونحوه وبه نحكم باستمرار الأحكام الوضعية فيكون الاستمرار فيها وارداً على الحكم ، وإذا كان الأمر كذلك وورد عليها

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٠٩ .

تخصيص في زمان فلا يمكننا التمسّك بعمومها بعد ذلك الزمان ، لأنّ استفادة استمرارها من نفسها غير ممكنة ، لأنّ الحكم لا يتكفّل لاستمرار نفسه ، ولا من دليل الحكمة ونحوها لأنّها إنّما تثبت الاستمرار في الأحكام الموجودة والمفروض أنّ الحكم قد ارتفع في المقام بالتخصيص ثم طبّقا ذلك على المقام ، هذا .

وما أفاداه في الأحكام الوضعية متين في الجملة لا في جميع الموارد ، إذ كلا القسمين ممكنان في الأحكام الوضعية ، وذلك لأنّ الاستمرار تارةً يراد منه الاستمرار في الجعل أعني بقاء الجعل وعدم نسخه ، وأُخرى يراد منه استمرار المجعول ، أمّا الكلام في أنّ الحكم يتكفّل عدم نسخه أو لا أعني استمرار جعله فهو ممّا لا يهمّنا في المقام وله محل آخر ، فما مثّل به من قوله (عليه السلام) « حلال محمّد حلال إلى يوم القيامة » خارج عن محل الكلام وناظر إلى أنّ الحلال لا يرتفع إلّا بالنسخ ، وإنّما الكلام في استمرار المجعول وأنّ الحكم هل يتكفّل استمرار نفسه أو لا والظاهر أنه لا مانع من أن يتكفّل الدليل استمرار الحكم المجعول بوجه بأن يجعل الملكية الدائمية أو الزوجية الأبدية ، كما له أن يتكفّل لعدم استمرار الحكم المجعول بأن يجعل الزوجة الانقطاعية والملكية في ساعة بحيث لا نحتاج في استفادة استمراره إلى دليل آخر ، فأيّ معنى لعدم إمكان تكفّل الحكم لاستمرار نفسه ، وعليه فإذا ورد عليه تخصيص في زمان فلا محالة نتمسك بعمومه لما بعد زمان التخصيص .

نعم ، في مورد لا يمكن التمسك بعموم العام بعد تخصيصه وهو ما إذا كان الدليل في مقام الاهمال ولم يكن مطلقاً وقد استفدنا عمومه واستمراره من دليل آخر كدليل الحكمة مثلاً ثم علمنا بارتفاع الحكم في زمان فلا نتمكّن بعد ذلك من التمسك بالعام ، إذ المفروض أنّ الدليل لا إطلاق له حتى نستفيد الاستمرار من نفسه ، وأمّا الدليل الدالّ على استمراره فهو إنّما دلّ على استمرار الحكم على تقدير ثبوته وبعد الفراغ عن وجوده ، وهو غير ثابت بعد ارتفاعه بالتخصيص في زمان .

والمتحصّل : أنّ ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّهما) من أنّ العموم الزماني متفرّع على العموم الافرادي على إطلاقه غير تام .

فذلكة الكلام : كل حكم شرعي كان متعلّقاً بفعل من أفعال المكلّفين ـ أعم من الأحكام التكليفية والوضعية ، حيث إنّ التكليفية بأسرها متعلّقة بالأفعال والوضعية أيضاً ربما يكون متعلّقاتها من الأفعال نظير بطلان الطهارة بالحدث والصلاة بالتكلّم في أثنائها وهما من الأفعال ـ تارةً يلاحظ كل فرد من أفرادها الطولية بحسب الزمان على نحو الاستقلال نظير العام الاستغراقي بأن يكون هناك أحكام متعدّدة حسب تعدّد الآنات . وأُخرى يلاحظ مجموع الأفراد على نحو يكون كل واحد منها جزءاً من الموضوع نظير العام المجموعي بأن يكون هناك حكم واحد مترتّب على مجموع الأزمنة ، وعلى كلا التقديرين إذا ورد عليه تخصيص في زمان فبعد ذلك يتمسّك بعموم العام لا محالة ولا مجال للاستصحاب فيهما ، أمّا فيما إذا كان الزمان ملحوظاً على نحو التقطيع وفرض كل آن منه فرداً مستقلاً كما في العام الاستغراقي فلوضوح أنّ الاستصحاب في مثله من قبيل إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر حتّى أنه لو لم يمكن التمسّك فيه بالعام لما يمكن التمسّك فيه بالاستصحاب أيضاً ، وأمّا إذا أُخذ مجموع الأفراد على نحو العام المجموعي فلأنّ الاستصحاب أي استصحاب حكم الخاص وإن كان جارياً في حدّ نفسه ، إلّا أنه مع وجود الأصل اللفظي أعني العموم والاطلاق لا مورد له لحكومتها عليه ، والوجه في ذلك ما عرفت من أنّ الاهمال في الواقعيات غير معقول والحاكم في كل من صورتي لحاظ الأفراد على وجه الاستقلال ولحاظ المجموع على نحو العام المجموعي إمّا أن يحكم على نحو الاطلاق فلا يقيّد متعلّق حكمه بشيء ، وإمّا أن يقيّده بقيد لا محالة ، وعند عدم القرينة على التقييد فيؤخذ باطلاق كلامه ، ومعه لا مجال للاستصحاب أبداً ، وفي كلا الفرضين يكون الحكم وارداً على الزمان لا محالة ، وهذا

ظاهر .

وأمّا الأحكام الوضعية غير المتعلّقة بشيء من الأفعال كملكية الأجسام (دون ملكية الأفعال فإنّها من القسم المتقدّم) فهي أيضاً تارةً على نحو العام المجموعي وأُخرى على نحو العام الاستغراقي ، وعلى كلا التقديرين يمكن أن يكون الحكم وارداً على الزمان فيهما ويكون الدليل متكفّلاً لاستمرار المجعول كجعل الملكية الأبدية أو الموقتة ، نعم لا يعقل أن يتكفّل الحكم لبقاء نفسه بحسب الزمان وعدم نسخه واستمرار جعله ، إلّا أنه ممّا لا كلام لنا فيه ، وحيث إنّ الحكم وارد على الزمان في هذا القسم أيضاً فإذا ورد تخصيص على تلك الأحكام في زمان وشككنا في بقاء الحكم بعد زمان التخصيص فلا محيص من التمسك بالعموم ولا مجال للاستصحاب معه ، سواء فرض العموم استغراقياً أو مجموعياً ، لوضوح أنه لا مجال للاستصحاب مع الأصل اللفظي كما تقدّم .

وأمّا إذا فرضنا أنّ الحكم ورد على شيء ولم يتكفّل لبيان عمومه واستمراره وإنّما استفدنا عمومه بدليل آخر كدليل الحكمة ونحوه ، ثم ورد عليه تخصيص وكان التخصيص من الابتداء ، فلا يمكننا التمسّك بعد ذلك الزمان بالعام ، وذلك لأنّ نفس الدليل غير متكفّل لإطلاقه أو عمومه حتّى نتمسّك به ، وأمّا الدليل الخارجي فهو إنّما دلّ على أنّ ذلك الحكم إذا وجد يستمر ولم يوجد الحكم في المقام حتّى يحكم عليه باستمراره ، مثلاً إذا ورد أنّ الاستيلاء على شيء يوجب الملك واستفدنا استمرار الملكية الحاصلة بالاستيلاء بدليل خارجي وهو الحكمة لأنّ الملكية آناً ما لغو لا أثر لها ، فلابدّ من كون الملك مستمرّاً ، ثمّ ورد عليه تخصيص وأنّ الاستيلاء في غير البالغين لا يفيد الملك وقد استولى غير بالغ على شيء ، ثمّ بعد مدّة بلغ فلم ندر أنّ الحكم السابق أعني قوله من استولى إلخ يشمل هذا المستولي البالغ بالفعل من أجل أنّ استيلاءه كان قبل بلوغه ، فلا يمكننا التمسّك في مثله بالعموم ، إذ نفس الدليل لا

عموم له حسب الفرض ، وأمّا دليل الحكمة فهو إنّما يقتضي استمرار الحكم بعد وجوده ولم يحدث الملكية في حقّ غير البالغ حتّى يحكم باستمرارها .

نعم لو ورد التخصيص على مثل ذلك في الأثناء لا من الابتداء كما إذا حكمنا بملكية المال لأحد باستيلائه عليه ثمّ بعد مدّة ورد عليه تخصيص في زمان ، وحكمنا بعدم الملك في مدّة وبعد تلك المدّة شككنا في أنّه هل صار مالكاً أو لا ، لا مانع من التمسّك بعموم الدليل الخارجي حيث دلّ على أنّ الملك إذا وجد يدوم والمفروض أنّ الملكية قد وجدت في حقّه قبل زمان التخصيص فمقتضاه أنّ الملكية مستمرّة في حقّه ، وفي هذا القسم الأخير أي فيما إذا استفدنا عموم الحكم من دليل خارجي يكون الزمان وارداً على الحكم بخلاف القسمين المتقدّمين ، هذا كلّه من أوّله إلى آخره فيما إذا كان ثبوت الحكم في كلّ فرد من الأفراد أو في مجموعها بنفسه مدلولاً للدليل وقد عرفت أنه معه لا مجال لاستصحاب حكم الخاص بل عموم العام محكّم في مثله .

وأمّا إذا كان مدلول الدليل أمراً يلازم ثبوت الحكم في كل فرد أو في مجموع الأفراد ولم يلحظ ثبوته لكل واحد أو لمجموعه على وجه الاستقلال ، وهذا كما إذا كان مدلوله استمرار الحكم فإن استمراره يلازم ثبوته على كل فرد أو في مجموع الأفراد ، وليس هو عين الحكم بثبوته لكلّ فرد أو لمجموع الأفراد ، وإن شئت قلت إنّ المأخوذ في الدليل حينئذ هو الهيئة الاتّصالية ثمّ ورد عليه تخصيص ودلّ على انقطاع الاستمرار وارتفاع الهيئة الاتّصالية ثمّ شككنا بعد زمان التخصيص ، فلا دليل على الرجوع إلى حكم العام ، لأنّ الحكم إنّما ورد على الاستمرار والهيئة الاتّصالية والمفروض ارتفاع ذلك بالتخصيص ، فثبوت الحكم بعد ارتفاعها يحتاج إلى دليل ، هذا تمام الكلام في استيفاء القول في المقام ولعلّنا تعرّضنا إلى جميع الأقسام المتصوّرة ولم يفتنا شيء .

وأمّا تطبيق ذلك على المقام فملخّص الكلام فيه : أنّ قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] إن كان بمعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد على نحو الاطلاق الشامل لما بعد الفسخ أيضاً كما ربما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فيكون مفاده حكماً تكليفاً ومرجعه إلى عدم ارتفاع العقد بالفسخ ، وإلّا فلا وجه لوجوب ترتيب آثار ملكية الغير على ماله ، وعليه فإذا ورد عليه تخصيص في زمان وحكمنا فيه بعدم وجوب ترتيب الأثر على العقد من الابتداء أو الوسط كما في خياري المجلس والغبن فبعد ذلك الزمان لابدّ من التمسك بعموم العام وهو وجوب ترتيب الآثار على العقد كما مرّ وهذا في مثل قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئ »[2] إلخ أو ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[3] أظهر ، فإنّ التصرّف في مال الغير حرام مطلقاً ، فإذا خرج منه زمان وشككنا بعده في حرمة التصرف فيه فلا محيص من التمسك بعموم « لا يحلّ » من حيث الزمان ، وكذا ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ فإنّ مقتضاه حرمة جميع أفراد الأكل ، هذا الأكل وذاك الأكل وهكذا ، فإذا ورد عليه تخصيص في زمان وقلنا فيه بجواز أكل مال الغير وشككنا بعد ذلك الزمان في جوازه وحرمته فلا محيص من التمسك بالعام وهو يقتضي حرمة التصرف والأكل في مال الغير .

وأمّا إذا بنينا على ما سلكناه من أنّ معنى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عدم تأثير الفسخ وأنه إرشاد إلى اللزوم ، إذ لا يفهم منه عرفاً إلّا عدم فسخها ولا يستفاد منها الحكم التكليفي بوجه ، فما أفاده جامع المقاصد في توجيه فورية الخيار ممّا لا غبار عليه ولا مانع من الالتزام به ، فإنه إذا خصص في زمان وحكم فيه بتأثير الفسخ وعدم اللزوم

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (مع اختلاف يسير) .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

وشككنا في اللزوم بعد ذلك الزمان فلابدّ من التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيث إنه دلّ على لزوم العقد وعدم ارتفاعه بالفسخ في كل واحد من أفراد الزمان ، وإذا حكم بخروج زمان وفرد من تلك الأفراد فلا محالة يرجع في غيره إلى العام .

وبالجملة : أنّ ما أفاده جامع المقاصد ممّا لا نرى فيه إشكالاً .

تلخّص من جميع ذلك : أنّ مقتضى العمومات نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وغيرهما لزوم المعاملة إلى الأبد ، فإذا ورد عليها تخصيص ودلّ على ارتفاع اللزوم في مدّة خاصّة فلا مانع من التمسك بعمومها بعد تلك المدّة كما ذهب إليه المحقق الكركي خلافاً لما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) وشيخنا الأنصاري حيث منعا عن التمسك بالعموم بعد زمان التخصيص بدعوى أنّ الحكم ورد عليه تخصيص وقد ارتفع بذلك فثبوته بعده يحتاج إلى دليل ، وقد عرفت تفصيل الكلام في ذلك فراجع ، وكيف كان فلا مجال للتمسّك بالاستصحاب ، هذا .

ثمّ على تقدير تسليم ذلك والبناء على عدم إمكان التمسك بالعمومات فهل يمكننا التمسك بالاستصحاب بعد زمان ورود التخصيص أو لا يمكن التمسك بالاستصحاب أيضاً ؟

أمّا بناءً على عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية كما ذكرناه في محله فلا إشكال في عدم جريانه في المقام ، لأنّ الاستصحاب في الشبهات الحكمية التي منها المقام مبتلى بالمعارض دائماً وهذا ظاهر .

وأمّا إذا قلنا بجريانه في الشبهات الحكمية فهل يجري الاستصحاب حينئذ في المقام ، أو أنه لا يجري لخصوصية في المقام ، الصحيح هو الثاني وأنّ الاستصحاب لا يجري في المقام حتّى بناء على جريانه في الشبهات الحكمية ، والوجه في ذلك أنّ المدرك في خيار الغبن لا يخلو عن أحد أُمور ثلاث : فإمّا هو الشرط الضمني كما ذكرناه ، أو حديث نفي الضرر ، وإمّا هو الإجماع ، وأمّا غيرها من المدارك فهو ممّا لا

إشكال في فساده .

فإن كان المدرك هو الشرط الضمني فهو إنّما يقتضي ارتفاع اللزوم في خصوص الزمان الذي يتمكّن فيه من الفسخ ، إذ بذلك يتمكّن من دفع الضرر الوارد على نفسه ، لأنّ اشتراط التساوي إنّما هو بمناط عدم ورود الضرر عليه ، وأمّا في المقدار الزائد عن ذلك الزمان فلا يقتضي الشرط الضمني الخيار فإنه بحسب الارتكاز لا يقتضي الخيار دائماً بل إنّما يقتضيه في مدّة يتمكّن فيها من ردّ المعاملة ومن الظاهر أنّ مثل هذا الخيار لا يمكن إثباته في الزمان الثاني بالاستصحاب وذلك لأنّ الخيار بمقتضى الاشتراط إنّما ثبت في تلك المدّة الخاصّة التي يتمكّن فيها من الفسخ والامضاء ، وإثبات الحكم والمشروط في غير مورد الشرط من القياس الظاهر ، وهذا نظير ما إذا اشترط على نفسه صوم يوم معيّن أفهل يمكن إثبات وجوب الصوم في غير هذا اليوم بالاستصحاب ، وحيث إنّ الشرط هو الخيار في خصوص المدّة التي يتمكّن فيها من الفسخ فإثباته في غير مورد الشرط أعني غير المدّة التي يتمكّن فيها من الفسخ إثبات للحكم في غير موضوعه ، والاستصحاب على تقدير جريانه في الشبهات الحكمية إنّما هو فيما إذا كان الموضوع باقياً وكان الاستصحاب إبقاء للحكم على موضوعه ، لا فيما إذا ارتفع موضوعه وكان استصحابه من قبيل إسراء حكم الموضوع المرتفع إلى موضوع آخر ولعلّه ظاهر .

وأمّا إذا كان المدرك حديث نفي الضرر فهو أيضاً كسابقه يمنع عن جريان الاستصحاب بعد الآن الأول ، وذلك لأنه إنّما ينفي الضرر وأنّ اللزوم الموجب لتضرّر المشتري مثلاً مرتفع في الشريعة المقدّسة ، ومن الظاهر أنّ اللزوم في الآن الثاني مع عدم فسخه باختياره في الآن السابق ليس ضررياً عليه ، وإنّما الضرري هو اللزوم الدائمي ويرتفع الضرر بجعل الخيار له في الآن الأول فإذا تركه حينئذ باختياره فلا يكون اللزوم في الآن المتأخّر ضررياً في حقّه ، فلا يمكن استصحاب

ارتفاع اللزوم بعد ذلك الآن لأنه ثبت للمتضرّر وهو في الآن المتأخّر ليس متضرّراً ، والاستصحاب لا يتمكّن من إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر .

وأمّا إذا اعتمدنا على الاجماع فعدم جريان الاستصحاب أوضح ، وذلك لأنّ الاجماع دليل لبّي ويكتفى فيه بالمقدار المتيقّن ولا يدرى أثبت الحكم على عنوان المتضرّر أو على عنوان المغبون وأنه قام على أنّ المتضرّر في المعاملة بالخيار أو على أنّ المغبون متمكّن من الفسخ ، ومن هنا نشك في بقاء الموضوع لأنه إن كان هو عنوان المتضرّر فهو مرتفع قطعاً ، لأنّ المشتري في الآن الثاني مع تركه الخيار في الآن السابق باختياره غير متضرّر ، وإن كان هو عنوان المغبون فهو باقٍ ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجري الاستصحاب .

فالمتحصّل إلى هنا : أنّ الاستصحاب لا مجال له في المقام ، بل الصحيح هو التمسك بالعمومات كما مرّ ، وعلى تقدير التسليم فكما لا يمكن التمسك بالعمومات فلا يمكن التمسك بالاستصحاب خلافاً لشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) ولشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بحسب المدرك وإن كنّا موافقين لهما في النتيجة ، بل مقتضى التمسك باستصحاب الفساد في الفسخ عدم ترتيب الأثر عليه للشك في صحّته وتأثيره وأصالة الفساد يقتضي عدم تأثيره (على مناقشة في ذلك) وعلى هذا فالخيار على الفور لا على التراخي .

بقي الكلام في معنى الفور ، فيمكن أن يراد منه الآن الأوّل بعد العلم بالغبن بالدقّة العقلية بأن يكون الآن العقلي مورداً للخيار ويرتفع في الآن الثاني بعده على تقدير عدم الفسخ في الآن الأول .

كما يحتمل أن يراد منه الفور بالمعنى العرفي بمعنى أنه لا يلزمه إعمال الخيار في الآن العقلي بعد العلم بالغبن بل بحيث يعدّ فوراً لدى العرف ، فإذا علم بالغبن واشتغل بحاجياته من الصلاة أو الأكل ونحوهما ثمّ فسخ بعد ذلك نفذ لأنّه فور

عرفي .

ويحتمل في المقام معنى متوسط بين العقلي والعرفي وهو أن يقال : إنّ المراد بالفور هو أن لا يصدق عليه المتواني عندهم ، وهذا أمر يختلف باختلاف الموارد والأشياء بحسب الكبر والصغر ، مثلاً إذا أراد فسخ معاملة واقعة على قرية فإنه يتوقّف على إحضار عالم أو الحضور عند مدير الأملاك ، فلا يصدق عليه المتواني في تأخير إقامة مجلس الفسخ ، وهذا بخلاف ما لا يتوقف فسخه على تمهيد مجلس أو إحضار عالم ، كما لا يصدق التواني فيما إذا علم به في منتصف الليل وأخّر الفسخ إلى بعد الطلوع ، فإنه لا يصدق عليه المتواني وليس للبائع أن يقول أين كنت في هذه المدّة ، وهذا بخلاف من علم بالغبن في اليوم وأخّر الفسخ إلى اليوم الثاني أو الثالث فإنه من التواني عرفاً .

وبالجملة : المناط هو صدق ذلك فلا يصدق على من علم به عند طلوع الشمس وأخّره إلى بعد ساعة من افتتاح السوق ، ويختلف هذا باختلاف الحالات والأشياء وهو موكول إلى العرف ، وليس مضيّقاً كالنظر العقلي ولا موسعاً بسعة النظر العرفي حتى لا يمنع عنه الاشتغال بالحاجيات ، بل هو أمر متوسط بينهما كما لا يخفى .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ الناسي أو الجاهل بالخيار حكماً أو موضوعاً لا يعدّ عندهم من المتواني فلا يسقط خيارهم بذلك ، هذا تمام الكلام في خيار الغبن .

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الخيارات ـ ١

التنقيح
في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

«١٣١٧ - ١٤١٣ هـ»

الجزء ٣٩

طبعة منقحة

الخيارات

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

مؤسسة الخوئي الإسلامية

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

من الآن إلى قيام يوم الدين

التنقيح
في شرح المكاسب

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

«١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ»

الخيارات

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي قدس سره

طبعة منقحة

مؤسسة الخوئي الإسلامية

القول في خيار التأخير

من اشترى شيئاً ولم يتسلّمه ولا سلّم الثمن ، فإن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيّام فهو أحقّ به وإلّا فللبائع الخيار ، وهذا ممّا لا خلاف فيه بينهم .

وإنّما الكلام في مدرك ذلك وهو أُمور منها : الشهرة والاجماعات المدعاة المتعدّدة القائمان على أنّ البائع يتمكّن من فسخ العقد فيما إذا أخّر المشتري تسليم الثمن بأزيد من ثلاثة أيّام .

ومنها : حديث لا ضرر حيث إن صبر البائع ضرر عظيم ، والضرر فيه أشدّ وآكد من الضرر في الغبن ، لأنه من جهات ثلاثة : إحداها صبره عن الثمن وعدم تصرّفه في المبيع لأنه ملك غيره . وثانيها : أنّ تلفه في تلك المدّة عليه ، لأنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه وهو ضرر . وثالثها : أنّه يجب عليه حفظ المبيع في تلك المدّة للمشتري ، وحفظ مال الغير بلا عوض ضرر ، ومقتضى حديث لا ضرر عدم لزوم المعاملة وكون البائع متمكّناً من فسخها .

ومنها : الأخبار الواردة في المقام بلسان « لا بيع له » أو « لا بيع بينهما »[1] هذا .

ويمكن المناقشة في جميع ذلك : أمّا الشهرة والاجماعات فلأنّه لا اعتبار بهما

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢١ / أبواب الخيار ب ٩ .

وعدم حجّيتها .

وأمّا حديث لا ضرر فهو أيضاً لا يقتضي الخيار في المقام ، وذلك لأنّ الضرر لم ينشأ عن لزوم المعاملة حتى نرفعه بالحديث ، وإنّما نشأ من صبره عن الثمن ، ولكنّه لا يوجب ارتفاع اللزوم ، بل بمقتضى الحديث نرفع وجوب الصبر عليه ، فله أن يطالب المشتري بالثمن فإن أبى فيرفع أمره إلى الحاكم وإلّا فيأخذ بالمثمن من باب التقاصّ ، وليس هذا من الفسخ في شيء إذ ربما يجب عليه ردّ ما زاد عن مقدار الثمن إلى المشتري وربما يطالبه بما نقص عن مقداره ، هذه هي الجهة الأُولى من جهات الضرر .

أمّا الجهة الثانية منها فهي أيضاً كذلك ، **أمّا أوّلاً** : فلأنّ كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع حكم مبني على الضرر ، وما هذا شأنه لا يرتفع بالحديث ، لأنّه لا يختص بالمقام إذ الأمر كذلك في جميع المعاملات الصحيحة ، وكذا في المقام فيما إذا سلّم إليه الثمن ولم يقبضه بعد .

وأمّا ثانياً : فلأنّ كون التلف من البائع لو كان ضررياً فنرفعه بحديث لا ضرر ونحكم بعدم كون تلفه من البائع ، ولا وجه للحكم بجواز المعاملة حينئذ ، لأنّ الحديث إنّما يرفع ما ينشأ من قبله الضرر لا أمر آخر وهو ظاهر .

ومن ذلك يظهر الجواب عن الضرر من الجهة الثالثة ، وذلك لأنّ الحفظ إذا كان ضررياً على البائع فنرفع وجوبه بالحديث ولا وجه لرفع لزوم المعاملة حينئذ هذا .

ومع الاغماض عمّا ذكرناه وتسليم أنّ الحديث يرفع لزوم المعاملة فمن أين يثبت تقييد ذلك بثلاثة أيام فإنه إذا كان ضررياً في اليوم الأول فلابدّ من أن يرفع لزومها من ذلك الوقت فلا وجه لرفعه بعد الثلاثة . فالاستدلال بحديث لا ضرر ممّا لا وجه له في المقام .

وأمّا الروايات الواردة فقد استشكلوا فيها من حيث دلالتها ، وذلك لأنّ ظاهرها نفي المعاملة بينهما كما في رواية علي بن يقطين أو نفي البيع للمشتري كما في أكثرها ، ومقتضى ذلك هو البطلان لا جواز المعاملة ورفع اليد عن لزومها ، ولا وجه لطرح ظواهر الأخبار أبداً .

والذي قيل في وجه تأويل الروايات وحملها على نفي اللزوم مع ظهورها في بطلان المعاملة أُمور :

الأول : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ الوجه في استفادة نفي اللزوم هو فهم الأصحاب حيث إنّ المشهور فهموا منها نفي اللزوم لا نفي صحّة المعاملة ، وهذا يكشف عن أنّ الروايات ظاهرة في نفي اللزوم ، ولأجل هذا استفاد الأصحاب منها ذلك فإنّهم هم أهل العرف وقد قارنه (قدّس سرّه) بما يظهر منه العلّية حيث قال : وحملة الأخبار ، فإن فهم حملة الأخبار نفي اللزوم أقوى دليل على ظهور الروايات في ذلك ، وإنّما وصلت الأخبار إلينا بواسطة أُولئك الحملة وهم من أهل العرف والعرب العالمين بظواهر الأخبار ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ المشهور إذا استفادوا معنىً من لفظ أو كلام فلا إشكال في كشف ذلك عن ظهوره فيه ، لأنّهم إنّما استفادوه بما هم أهل العرف واللسان ، ولكن هذا غير مسلّم في المقام ، ولا ندري أنّهم استفادوا عدم لزوم المعاملة من ألفاظ الرواية ولعلّهم إنّما استفادوا ذلك من دليل خارجي ولأجل هذا الدليل حملوا الروايات على نفي اللزوم ، مع أنّا لو سألنا آحاد الأصحاب عن ظهورها أجابوا بأنّها ظاهرة في نفي الصحة لا في نفي اللزوم .

الثاني : ما يظهر أيضاً من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ فهم

---

(١) المكاسب ٥ : ٢١٩ ـ ٢٢٠ .

الأصحاب لو لم يفد القطع بظهور الروايات في نفي اللزوم فلا أقل من أنّه يوجب الشك في المراد ، وأنّ الأخبار ظاهرة في نفي اللزوم أو في نفي الصحة ، فتكون الروايات مجملة فنرجع إلى استصحاب آثار الملكية بعد ثلاثة أيام ، ولا مانع من استصحاب صحة المعاملة في المقام ، إذ اللزوم ليس فصلاً مقوّماً للصحة حتّى لا نثبت الصحة بلا وصف اللزوم ، وإنّما هو والجواز حكمان يطرءان على البيع الصحيح .

ويدفعه : أنّ فهم الأصحاب كما لا يوجب انقلاب ظهور الروايات في نفي الصحة إلى الظهور في نفي اللزوم كما أشرنا إليه في الجواب عن الوجه الأول ، كذلك لا يوجب إجمالها ، إذ لو سألنا آحاد الأصحاب عن ظهورها أجابوا بأنّها ظاهرة في نفي الصحة ، لأنّ « لا » لنفي الجنس والبيع بمعنى المبادلة ولعلّه ظاهر ، فلا وجه معه لاجمال الرواية .

الثالث : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أيضاً : من أنّ تخصيص نفي البيع للمشتري بقوله (عليه السلام) « لا بيع له » أي للمشتري وعدم نفي البيع عن كل منهما قرينة على أنّ المراد منها أنّ المشتري كأنه لم يشتر ، فليس له مطالبة البائع بالمثمن ، وهو معنى جواز المعاملة من طرف البائع دون طرف المشتري ، إذ لو كان مراده (عليه السلام) بطلان المعاملة لما كان لتخصيصه (عليه السلام) نفي البيع بالمشتري وجه .

والجواب عن ذلك أوّلاً : أنّ صحيحة علي بن يقطين اشتملت على نفي البيع من كل من البائع والمشتري حيث قال (عليه السلام) « لا بيع بينهما » كما اعترف هو (قدّس سرّه) بذلك .

وثانياً : أنّ وجه تخصيصه (عليه السلام) نفي البيع بالمشتري هو أنّ الروايات إمّا لسؤالها أو كلامه (عليه السلام) ناظرة إلى بيان حكم من اشترى شيئاً ولم يتسلّم المثمن

ولم يسلّم الثمن ، ومن هنا أجاب (عليه السلام) بأنّه لا بيع له أي للمشتري ، وحيث إنّ البيع هو المبادلة بين المالين وهي يستحيل أن تقوم بواحد ، فنفي المبادلة من المشتري وجعله بمنزلة من لم يشتر أصلاً يدلّ بالدلالة الالتزامية على نفيها عن البائع أيضاً .

الرابع : ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ الغرض من هذا الحكم في الأخبار والروايات هو الارفاق للبائع حتى لا يتضرّر من جهات متعدّدة ومقتضى الارفاق في حقّه هو نفي اللزوم لا نفي الصحة ، لأنه ربما يكون على خلاف مصلحة البائع كما إذا تنزّلت القيمة بعد ثلاثة أيام ، هذا .

وفيه : أنه لا دليل على أنّ الحكم في الروايات يدور مدار الارفاق للبائع لاطلاق الأخبار ولا ندري أنه من أين استفاد ذلك منها ، نعم لا بأس بكونه حكمة التشريع ، وأمّا كونه عنواناً للموضوع حتى يدور مداره الحكم فلا ، فليكن المقام نظير بيع الصرف فكما أنّ القبض فيه في المجلس شرط في صحة البيع فكذا نقول في المقام بأن قبض المبيع في الثلاثة شرط في صحة المعاملة ولا يلزم منه خلاف إرفاق للبائع أبداً .

فالانصاف أنه لا وجه لرفع اليد عن ظواهر الأخبار ، فلابدّ من الحكم ببطلان المعاملة فيما إذا باع أو اشترى ولم يقبض المبيع إلى ثلاثة أيام فيكون قبض المبيع إلى ثلاثة أيّام من شرائط صحة المعاملة كما ذهب إليه صاحب الحدائق(٢) وتردّد فيه المحقّق الأردبيلي(٣) وقوّاه بعض آخر ، ولا وجه لرفع اليد عن الأخبار فإنه لا موجب له ، والأمر يدور بين طرح الأخبار برأسها وبين العمل على ظهورها

(١) منية الطالب ٣ : ١٧٦ .

(٢) الحدائق ١٩ : ٤٧ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٤٠٥ ـ ٤٠٦ .

وهو بطلان المعاملة فيما إذا أخّر القبض أزيد من ثلاثة أيام ، فما تعجّب به صاحب الحدائق عن العلّامة (قدّس سرّهما) من أنه مع اعترافه بظهور الروايات في نفي صحة المعاملة اختار صحتها معتمداً على أصالة بقاء صحة العقد وحملها على نفي اللزوم تعجب في محلّه .

والمتحصّل : أنّ الروايات الواردة في المقام تدلّ على بطلان البيع فيما إذا لم يأت المشتري بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ، وهي من حيث الدلالة ظاهرة ومن حيث السند لا بأس بها ، فلابدّ من أن نأخذ بها ومقتضاها اشتراط صحة البيع بالقبض إلى ثلاثة أيام ، فيكون القبض شرطاً في جميع البيوع إلى ثلاثة أيام ، ولا يبقى في البين حينئذ إلّا مخالفة المشهور ، إلّا أنّها تضرّ بالروايات فيما إذا لم يرجع إلى فهمهم من ألفاظ الروايات نفي اللزوم كما هو كذلك على ما تقدّم مفصّلاً ، هذا كلّه في أصل المسألة .

وبقي الكلام في الشروط والأُمور المعتبرة فيها :

الشرط الأول : عدم قبض المبيع

فهو شرط في ثبوت الخيار بعد ثلاثة أيام على المشهور ، ومن شروط بطلان المعاملة عندنا إذا لم يحصل القبض إلى ثلاثة أيام ، وكيف كان فهذا الشرط ممّا لا كلام فيه عندهم ، ولا دلالة في الروايات على اعتبار هذا الشرط غير صحيحة علي بن يقطين ، فإنّ عدم قبض المبيع لم يذكر في كلام الإمام (عليه السلام) في الروايات وإنّما وقع في كلام السائل وهو لا يفيد الاشتراط .

ولكن في صحيحة علي بن يقطين غنىً وكفاية ، لأنّها دلّت على أنّ الأجل بينهما ثلاثة ، فإن قبّضه بيعه وإلّا فلا بيع بينهما ، فيستفاد من قوله (عليه السلام) « فإن قبّضه » أي البائع للمشتري بيعه أي المبيع فلا خيار للمشتري ، أنّ عدم إقباض

البائع المبيع للمشتري شرط في ثبوت الخيار للمشتري .

وقد خالف في ذلك صاحب الرياض[١] وتبعه صاحب الجواهر[٢] (قدّس سرّهما) فأنكرا هذا الاشتراط في ثبوت الخيار ، وقد وجّه شيخنا الأنصاري[٣] إنكارهما لهذا الاشتراط مع دلالة صحيحة علي بن يقطين عليه بوجهين : أحدهما أنّ هذه الفقرة من الصحيحة لعلّها ساقطة عن نسختهما ولأجل ذلك لم يشترطا عدم قبض المبيع في الخيار . وثانيهما : احتمال أنّهما قرءا « قبضه » بالتخفيف و « بيّعه » بالتشديد على خلاف ما قرأناه ، وعليه يصير معنى الرواية فإن قَبَضَ بيّعه أي قبض الثمن بائع المبيع فلا خيار للمشتري وإلّا فهو على خيار ، فتكون هذه الفقرة ممّا دلّ من الروايات على اعتبار عدم قبض الثمن في ثبوت الخيار ، فإنّهم اشترطوا أمرين في هذا الخيار أحدهما عدم قبض المبيع وثانيهما عدم قبض الثمن ، والفقرة دلّت على اعتبار عدم قبض الثمن في ثبوت الخيار ، وكيف كان فلا تدلّ الرواية حينئذ على اشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار .

ثمّ أورد على هذا التوجيه الثاني بقوله : ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال وملخّص ما أورده عليه أمران : أحدهما أنّ استعمال لفظ البيّع وإن كان صحيحاً في التثنية كقوله « البيّعان بالخيار » الخ إلّا أنّ استعماله مفرداً غير صحيح ، لعدم وجوده في شيء من الأخبار والكلمات العربية . وثانيهما : أنّ تشديد بيّعه على خلاف الأصل ، لأنّ أصالة العدم الأزلي يقتضي عدم التشديد كما ذكر نظير ذلك الشهيد

---

(١) رياض المسائل ٨ : ٣٠٧ .

(٢) الجواهر ٢٣ : ٥٣ .

(٣) المكاسب ٥ : ٢٢٠ .

(قدّس سرّه)[١] في لفظ البكاء المبطل للصلاة ، فإنّ البكاء مع المدّ معناه خروج الدمع مع الصوت (من باب أنّ كثرة المباني تدلّ على كثرة المعاني) وأمّا بلا مدّ كما إذا كان مقصوراً فمعناه مجرد خروج الدمع بلا صوت ، والشهيد (قدّس سرّه) أجرى أصالة عدم المدّ في البكاء وبه ذهب إلى أنّ القاطع للصلاة مجرد خروج الدمع وإن لم يكن معه صوت ، هذا ما أورده عليهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

وفي كلا إيراديه نظر ، أمّا فيما أورده أوّلاً ، فلأنّ عدم وجدانه (قدّس سرّه) استعمال البيّع مفرداً لا يكشف عن عدم وجوده في الكلمات العربية وأشعارها ، فإنّ غاية ما رآه من كتب العرب هي كتب الأخبار أو هي مع مقدار يسير من غيرها وهذا المقدار لا يكشف عن عدم وجوده ، هذا أوّلاً.

وثانياً : هب أنّ استعمال البيّع مفرداً غير موجود في الكتب العربية إلّا أنّه ليس من السماعيات المتوقّفة على الاستعمال والسماع من العرب ، وإنّما هو أمر قياسي ولا مانع لاستعمال البيّع المفرد في القواعد ولا نرى فيه غلطاً.

وأمّا ما أورده ثانياً فيدفعه : أنّ أصالة عدم التشديد في بيعه معارضة بأصالة عدم بيعه بلا تشديد ، إذ الأصل أنّ بيعه بلا تشديد لم يستعمل في كلامه (عليه السلام) ولا يقاس المقام بالمدّ في البكاء فإنّ أصالة العدم فيها بلا معارض لعدم تركّب البكاء من هيئة ومادّة ، بخلاف بيعه فإنّه بلا تشديد غير بيّعه مع الشديد ، وأصالة عدم التشديد يعارض بأصالة عدم بيعه بلا تشديد[٢].

وأضف إلى ذلك : أنّا إذا رفعنا اليد عن التشديد في بيعه فلا محالة نلتزم به في قبضه ، فلصاحب الرياض أن يجري أصالة عدم التشديد في قبّضه حتّى يكون

(١) الروضة البهيّة ١ : ٢٣٤.

(٢) لا يخفى ورود عين هذا الاشكال في البكاء فإنّ الأصل عدم استعمال البكاء بلا مدّ.

الأصلان متعارضين ، وبالجملة لا مجال لأصالة عدم التشديد في المقام ولا يثبت بها أنّ بيّعه بلا تشديد .

فالصحيح في الجواب عن احتمال قراءة بيّعه بالتشديد أن يقال : إنّ الوجه في عدم قراءته بالتشديد وقراءة قبّضه مع التشديد هو أنّ نقلة الأخبار كذا نقلوهما فإنّ عادتهم كانت جارية على قراءة الروايات عند أساتذتهم وبعد قراءتها كانوا يكتبونها ، ولم يحتمل أحد منهم قراءة بيعه بالتشديد وقراءة قبضه بدون التشديد ومقتضى سكوتهم عن هذا الاحتمال أنّهم نقلوا واحداً عن واحد قبّضه مع التشديد وبيعه بدونه إلى أن يصل إلى الإمام (عليه السلام) ومع نقل الرواة أحدهما بلا تشديد وثانيهما معه لا مجال لرفع اليد عن نقلهم واحتمال عكسه .

فالمتحصّل إلى هنا أنّ اشتراط عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار ممّا لا إشكال فيه .

وإنّما الكلام في خصوصيات ذلك ، وقد عرفت أنّ البائع إذا أقبض المبيع للمشتري فلا يثبت له الخيار ، ولو وضعه عند البائع أمانة بعد قبضه منه فلا إشكال في أنّ البائع إذا أقبضه باختياره ينتفي الخيار كما أنّه إذا لم يقبضه لأجل عدم ردّ المشتري ثمنه يثبت له الخيار .

وأمّا إذا لم يقبضه البائع لا لأجل عدم ردّ المشتري الثمن بل عدواناً والمشتري مكّنه من الثمن وأراد أخذ المبيع إلّا أنّ البائع منعه عن القبض ظلماً وعدواناً فهل يثبت بذلك الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام أو لا ، لأنّ عدم قبضه ليس عن حق ومن أجل عدم ردّ الثمن .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ ظاهر الأخبار أنّ الخيار إنّما جعل

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢١ .

للبائع إرفاقاً له حتى لا يتضرّر بسبب الحكم الشرعي ، وهذا إنما يتحقق فيما إذا كان عدم إقباض المبيع مستنداً إلى عدم إقباض المشتري وعدم ردّه الثمن ، وأمّا إذا كان عدم إقباضه مستنداً إلى اختياره وعدم قبول الثمن من المشتري فلا يتوجّه عليه ضرر من ناحية الحكم الشرعي حتى يرفعه الشارع إرفاقاً له . ففي هذه الصورة لا يثبت له الخيار ، هذا .

وفيه : أنّ الروايات إنّما جعلت الخيار أو دلّت على البطلان عند عدم قبض المبيع إلى ثلاثة أيام ، بلا تقييد بكون عدم القبض مستنداً إلى اختياره أو إلى عدم دفع المشتري الثمن ، ولم تدلّ الروايات على أنّ جعل الخيار للبائع من جهة الارفاق حتى يدور مداره الحكم ، بل الأخبار مطلقة وقد دلّت على اشتراط صحة البيع بالقبض إلى ثلاثة أيام كما دلّت الروايات على اشتراط صحة بيع الصرف بالقبض في المجلس بلا فرق في ذلك بين استناد عدم القبض إلى اختياره أو إلى عدم ردّ المشتري الثمن ، كما لا يفرق الحال بذلك في الصرف فإنه يبطل إذا لم يحصل القبض في المجلس ، كان مستنداً إلى اختياره أو إلى شيء آخر .

وعليه فالصحيح ثبوت الخيار في هذه الصورة للبائع على المشهور ، وبطلان البيع عندنا وهذا ظاهر ، هذا كلّه في هذا الفرع .

الفرع الثاني والثالث : ما إذا مكّن البائع المشتري من القبض ولكنّه لم يأخذه المشتري ، أو أنّ المشتري قد أخذ المبيع بلا إذن من البائع بدعوى أنه ملكه فهل يصدق القبض بتمكين البائع المشتري من القبض أو بأخذ المشتري المبيع بنفسه فلا يثبت للبائع الخيار ، أو أنّهما كلا قبض والبائع له الخيار بعد ثلاثة أيام .

فقد بناهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على أنّ مثل هذين الأمرين هل يكفي في دفع الضمان عن البائع في مسألة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فإذا مكّنه البائع من القبض أو أخذه المشتري بنفسه هل يكفي ذلك في سقوط الضمان

عن البائع حينئذ أو لا ، فإن قلنا بكفايتهما في رفع الضمان في هذه المسألة فنقول بكفايتهما في المقام ونحكم بعدم الخيار للبائع حينئذ ، وإن لم نقل بكفايتهما في رفع الضمان في تلك المسألة فلا نلتزم بكفايتهما في المقام ، وذلك لأنّا إنما حكمنا بثبوت الخيار للبائع إرفاقاً له حتّى لا يتضرّر من جهة كون تلف المبيع عليه حينئذ ، ومن جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه ، ومن أجل عدم وصول ثمنه إليه ، فإذا كان تمكين البائع إيّاه من القبض أو أخذ المشتري المبيع بنفسه كافياً في سقوط الضمان عن البائع فنلتزم بكفايتهما في المقام وعدم ثبوت الخيار للبائع حينئذ ، لعدم تضرّره من جهة كونه ضامناً له ، وإذا ارتفع ضرره من هذه الجهة فارتفاع ضرره من الجهتين الباقيتين سهل ، لأنّه يأخذ المبيع من باب التقاص فيتصرّف فيه فلا يجب عليه حفظه لامكان أن يردّه إلى الحاكم ، ولا يجب عليه الصبر لجواز تصرفه فيه مقاصّة ، وأمّا إذا لم يكف هذان الأمران في سقوط الضمان عن البائع في الجهة الأُولى فلا نلتزم بكفايتهما في المقام أيضاً ، لأنه يستلزم الضرر عليه من تلك الناحية ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده على تقدير صحته إنما يتم بناءً على أنّ المدرك في ثبوت الخيار للبائع حديث لا ضرر ، وأمّا بناءً على أنّ المدرك هو الأخبار لعدم تمامية الحديث سيّما بلحاظ تقييده بثلاثة أيام ، فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه) بل لابدّ من المراجعة إلى الروايات لنرى أنّ الأمرين المتقدّمين يكفيان في المقام أو لا .

فنقول : ظاهر قوله في صحيحة علي بن يقطين « فإن قبّضه بيعه » الخ أنّ القبض المانع عن الخيار أو عن البطلان هو خصوص القبض المستند إلى البائع كما هو مقتضى قراءة « قبّضه » بالتشديد ، فمجرد أخذ المشتري المبيع لا يكفي في القبض كما أنّ تمكين البائع لا يكون إقباضاً له ، فيثبت له الخيار في هذين الفرعين بعد ثلاثة أيام ، سواء قلنا بكفايتهما في رفع الضمان في مسألة تلف المبيع قبل قبضه أم لم نقل فإنّها مسألة أُخرى غير ما نحن بصدده ، نعم لو استندنا في المقام إلى حديث نفي

الضرر لكان لما أفاده وجه ، ولكن العمدة هي الأخبار وقد عرفت أنّ مقتضاها عدم كفاية أخذ المشتري المبيع من دون إقباض البائع كما أنّ تمكين البائع لا يكون إقباضاً ، وقد تقدّم في المسألة السابقة أنّ الأخبار مطلقة ومقتضاها أنّ عدم إقباض المبيع يستلزم الخيار أو البطلان ، كان عدم الاقباض مستنداً إلى حقّه ومن أجل عدم إقباض المشتري ثمنه ، أو كان مستنداً إلى ظلمه وعدوانه ولو مع مجيء المشتري بالثمن ، هذا .

وربما يتوهم التنافي بين الأخبار من جهة أنّ مقتضى غير صحيحة علي بن يقطين أنّ الخيار إنّما يثبت فيما إذا لم يجئ المشتري بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ولازم ذلك عدم الخيار فيما إذا جاء بالثمن خلال ثلاثة أيام ، وفي مفروض المقام المشتري جاء بالثمن وإنّما لم يقبله البائع ولم يقبضه المبيع عدواناً ، فمقتضى تلك الروايات عدم الخيار للبائع حينئذ ، كما أنّ مقتضى الصحيحة المتقدّمة أنّ المناط في ترتّب الخيار عدم إقباض المبيع ولازمه ثبوت الخيار في المقام لعدم إقباض البائع إيّاه ، فالروايات متنافية .

ولا يخفى عدم المنافاة بين الأخبار ، والوجه في ذلك أنّ ما دلّ على عدم البيع للمشتري فيما إذا لم يجئ بالثمن خلال ثلاثة أيام وثبوت البيع له فيما إذا جاءه في المدة المذكورة إنما يقتضي ثبوت البيع له أي استحقاقه مطالبة المبيع من البائع من ناحية تامية هذا الشرط وهو مجيؤه بالثمن ، أو عدم استحقاقه المطالبة منه من جهة عدم تامية ذلك الشرط ، وهذا لا ينافي عدم استحقاقه المطالبة من البائع وعدم ثبوت البيع له من ناحية فقدان سائر الشروط كما إذا كان البيع غررياً مثلاً ، فعدم إقباض المبيع كالغرر موجب لعدم ثبوت البيع للمشتري ، ولا يلزم من تامية البيع من ناحية مجيئه بالثمن تاميته من جميع الجهات ، ففي المقام وإن كان له مطالبة البائع بالثمن من ناحية مجيئه بالثمن إلّا أنّه لا يتمكّن من مطالبته من أجل عدم إقباض البائع

والمفروض أنّ البائع في صورة عدم إقباض المبيع متمكّن من فسخ البيع ولا يمكن التزامه .

وكيف كان فلا تنافي بين الأخبار ، وقد تقدّم أنّ الخيار في المقام لا يدور مدار الارفاق للبائع ، إذ لا دليل على اعتبار الارفاق وكونه هو المناط في ثبوت الخيار وعليه فالصحيح في المسألة ثبوت الخيار للبائع لأجل عدم إقباض المبيع ، كان ذلك مستنداً إلى حقه واختياره أو إلى ظلمه وعدوانه .

الفرع الرابع : ما إذا أقبض بعض المبيع كما إذا وقعت المعاملة على عدّة أشياء وباعها دفعة من المشتري وأقبضه بعضها وبقي بعضها الآخر ، وقد احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المسألة احتمالات :

أحدها : أن يكون قبض البعض كلا قبض في ثبوت الخيار أو البطلان .

وثانيها : أن يكون قبض البعض كقبض الجميع في ارتفاع الخيار أو البطلان .

وثالثها : التفصيل بالخيار في الجزء غير المقبوض وعدمه في الجزء المقبوض وإنّما احتمل هذا الوجه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أجل أنّ المناط عنده هو تضرّر البائع من قبل الضمان قبل القبض ، فبما أنه لا ضمان عليه في الجزء المقبوض فيلتزم فيه بارتفاع الخيار ، وأمّا الجزء غير المقبوض فلما كان ضمان تلفه على البائع لأنه من التلف قبل القبض فيلتزم فيه ثبوت الخيار ، هذا .

والحقّ في المقام هو التفصيل ، ولكن لا لما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بل من جهة ما ذكرناه غير مرّة من أنّ البيع وإن كان أمراً واحداً بحسب الانشاء إلّا أنه منحل إلى أُمور متعدّدة بحسب مقام المنشأ ، لأنّه بهذا الانشاء الواحد قد باع هذا الجزء حقيقة وباع الجزء الآخر كذلك وهكذا ، فهناك بيوع متعدّدة ، وعلى هذا بنينا

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢٢ .

صحة البيع فيما إذا ظهر بعض أجزائه مستحقاً للغير فإنّ الباطل حينئذ إنّما هو البيع الواقع على ما يستحقّه الغير وأمّا البيع فيما لا يستحقّه الغير فلا مانع من صحته.

وكيف كان، فالبيع من الأُمور الانحلالية، وعليه فإذا فرضنا أنّ بعض أجزاء المبيع ممّا أقبضه البائع فالبيع الواقع عليه يتّصف بالصحة لتمامية شرطه، أو أنه محكوم بعدم الخيار لارتفاع شرط الخيار فيه وهو عدم إقباضه إلى ثلاثة أيام، وأمّا البعض الآخر الذي لم يقع عليه الاقباض فشرط صحة البيع فيه مختل أو هو محكوم بالخيار لعدم إقباضه خلال ثلاثة أيام، كما نلتزم بذلك في بيع الصرف فإنه إذا قبض بعض الثمن دون بعضه الآخر فالصرف يصح في البعض المقبوض ويبطل في غير المقبوض، والوجه في ذلك ظاهر فإنّ البيع إنّما كان واحداً بالانشاء إلّا أنه متعدّد بحسب المنشأ والاعتبار النفساني، ففي الواقع هناك بيعان وشرط الخيار في أحدهما موجود وفي الآخر مرتفع، وعليه فلابدّ من الالتزام بثبوت الخيار للبائع في الجزء غير المقبوض وعدم الخيار فيما أقبضه منه.

ونظير المقام ما إذا ظهر بعض أجزاء المبيع مستحقاً للغير أو ممّا لا يملك كالخمر والخنزير فإنّ البيع في ملكه وبالاضافة إلى ما يملكه صحيح دون ما لا يستحقه أو لا يتملّك أصلاً كالخنزير.

ونظيره أيضاً ما إذا باع الفضولي ملك غيره ثم أجازه المالك في بعضه دون بعضه، أو كان له مالكان أجازه أحدهما وردّه الآخر، وله غير ذلك نظائر كثيرة هذا.

ثمّ على تقدير عدم تمامية الانحلال والقول بأنّ البيع أمر واحد ولو عرفاً فالصحيح من تلك الوجوه المحتملة هو ثبوت الخيار، لأنّ الرواية علّقته على عدم إقباض المبيع، والمفروض عدم إقباضه لأنّ إقباض بعض أجزائه لا يصحح إسناد الاقباض إلى الجميع، فلا محالة يترتّب عليه الخيار، ولا وجه في هذه الصورة

لاحتمال عدم الخيار أبداً ، هذا كلّه في هذا الشرط .

ومنها : أي من شروط ثبوت خيار التأخير :

الشرط الثاني : عدم قبض مجموع الثمن

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ اشتراط عدم قبض جميع الثمن مجمع عليه بين الأصحاب ، فلا اعتبار بقبض بعض الثمن وكأنّه كلا قبض عندهم ، ثم أيّد ذلك بفهم أبي بكر القاضي الراوي لتلك الرواية حيث إنه فهم منها عدم ثبوت الخيار فيما إذا ردّ المشتري جميع الثمن ، فلذا حكم فيما أقبضه بعضه بثبوت الخيار للبائع ، وإليك نص حكايته في رواية ابن الحجاج قال « اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ـ أي صاحب المحمل ـ ثم احتبست أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه ، فقال : قد بعته ، فضحكت ثم قلت : لا والله لا أدعك أو أُقاضيك ، فقال لي ترضى بأبي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم ، فأتيناه فقصصنا عليه قصّتنا ، فقال أبو بكر : بقول من تحبّ أن أقضي بينكما ؟ أبقول صاحبك أو غيره ؟ قلت بقول صاحبي ، قال : سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلّا فلا بيع له »(٢). فقد حكم بثبوت الخيار للبائع مع فرض أنّ المشتري قد دفعه بعض الثمن كما هو مفروض الحديث ، ثم نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ بعضهم استدل بتلك الرواية على أنّ قبض بعض الثمن كلا قبض (لا أنه جعلها مؤيّداً كما صنعه هو (قدّس سرّه)) ثم أورد عليه بقوله : فيه نظر ، هذا .

والانصاف أنه إن تم إجماع في المقام على اعتبار قبض مجموع الثمن فلا كلام

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢١ / أبواب الخيار ب ٩ ح ٢ .

إلّا أنّ انعقاده وكونه تعبّدياً في غاية الاشكال ، ولعلّه من جهة الروايات كما حكى هو (قدّس سرّه) أنّ بعضهم قد استدل عليه بالرواية المتقدّمة .

وأمّا إذا لم يتم إجماع تعبّدي في المقام فالحق هو التفصيل بالخيار في المقدار الباقي من الثمن وعدمه في المقبوض منه ، لأجل انحلال البيع الواحد إنشاءً إلى بيوع متعدّدة ومنشآت عديدة . ثمّ على تقدير عدم القول بالانحلال فلابدّ من الالتزام بثبوت الخيار ما لم يقبض الجميع من جهة دلالة الرواية على ثبوت الخيار للبائع فيما إذا لم يأت المشتري بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ، ومن الظاهر أنّ دفع بعض الثمن ليس دفعاً للثمن ، فيصدق عليه أنه لم يأت بالثمن خلال ثلاثة أيام ، فاحتمال عدم الخيار ممّا لا وجه له في المقام ، وكيف كان هذا هو المدرك في المسألة .

وأمّا فهم أبي بكر بن عياش فهو على تقدير كونه ثقة لا دليل على حجية فهمه بالاضافة إلى غيره فضلاً عمّا إذا لم يكن كذلك كما لم يكن ، نعم لو كان هذا حكم الإمام (عليه السلام) بأن فرضنا أنه حكم بثبوت الخيار في مورد مع فرض قبض بعض الثمن لكان معتبراً قطعاً ، إلّا أنه من الراوي كما عرفت ، فلا يمكن جعل فهم أبي بكر مؤيّداً فضلاً عن الدليل .

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ من شرائط الخيار أو البطلان عدم قبض البائع الثمن من المشتري ، وهذا فيما إذا كان قبض الثمن عن حق واختيار ممّا لا إشكال فيه لأنه يوجب لزوم البيع أو صحته ، وأمّا إذا كان قبضه بلا إذن من المشتري كالأخذ منه إكراهاً أو خفية فهل هو كسابقه يرفع الخيار أو البطلان ، أو أنه كلا قبض والبائع على الخيار ، أو المعاملة باطلة ؟ فيه خلاف ، وربما يقال بأنّ القبض حينئذ كلا قبض ، لأنّ القبض في الروايات الواردة في المقام منصرف إلى القبض المتعارف خارجاً وهو خصوص القبض الصادر عن رضا المشتري واختياره ، فلا تشمل الأخبار القبض عن كره أو خفية لعدم تعارفهما عند العرف .

والصحيح أن يقال : إنّ القبض فيما إذا كان من الآثار المترتّبة على المعاملة شرعاً فهو يوجب رفع الخيار والبطلان ، سواء صدر عن إذن المشتري أم لا ، كان باختياره أم لم يكن ، وأمّا إذا لم يكن من آثار المعاملة شرعاً فهو كلا قبض ولا يترتّب عليه رفع الخيار وتوضيحه : أنّ قبض الثمن من المشتري إنما يجوز شرعاً فيما إذا ردّ إليه المبيع أو مكّنه من أخذه ، وحينئذ فيجوز للبائع قبضه منه ومطالبته به وفي هذه الصورة يكون القبض من الآثار الشرعية المترتّبة على البيع ، وهذا بخلاف ما إذا لم يمكّن المشتري من قبض المبيع ، فإنّ البائع حينئذ لا يتمكّن من مطالبة المشتري بقبض الثمن ، لأنّه مشروط بتمكين المشتري من المثمن .

فإذا عرفت ذلك فنقول : إذا قبض البائع الثمن من المشتري بلا إذنه أو اختياره ولكنه مكّنه من قبض المبيع قبل ذلك ، فلا يمنع عدم إذن المشتري حينئذ عن تأثير القبض في رفع الخيار أو في صحة المعاملة ، لأنّ القبض حينئذ حقّه أي من الآثار المترتّبة على المعاملة شرعاً ، وأمّا إذا قبضه بلا إذن المشتري من دون تمكين المشتري من قبض المبيع فهو تصرّف محرّم ولا يترتّب عليه أثر لأنه ليس بحقّه وليس من آثار المعاملة ، فلا يوجب هذا ارتفاع الخيار أو صحة المعاملة ، ولعلّه ظاهر .

فالمتلخّص : هو التفصيل في القبض بلا إذن المشتري وأنّ القبض بلا إذن منه إذا كان من آثار المعاملة شرعاً يترتّب عليه ارتفاع الخيار كما أنه إذا لم يكن من آثارها فلا يترتّب شيء لأنّه كلا قبض ، هذا .

ثم إنّه إذا قبض البائع الثمن بلا إذن المشتري ثم أجازه المشتري ورضي به قبل ثلاثة أيام فهو ولا كلام فيه ، وأمّا إذا أجازه ورضي به بعد انتهاء ثلاثة أيام فيقع الكلام فيه في أنّ الاجازة كاشفة وأنّها تكشف عن رضا المشتري بالقبض من حين صدوره قبل انقضاء ثلاثة أيام حتى يحكم بعدم الخيار ، أو بعدم البطلان لتحقق

القبض الرافع للخيار، أو أنها ناقلة وإنما تقتضي اتّصاف القبض بالرضا من حين إجازة المشتري، فلم يحصل القبض الرافع للخيار أو البطلان قبل ثلاثة أيام فلا محالة تكون المعاملة جائزة أو باطلة ؟

فربما يقال : بابتناء المسألة على الخلاف المتقدّم في الفضولي وأنه إذا قلنا بالكشف هناك فنقول به في المقام كما أنه إذا قلنا فيه بالنقل فلابدّ من الالتزام بالنقل في هذه المسألة أيضاً .

والظاهر أنّ المسألة غير مبتنية على الخلاف المزبور ومن هنا ذهب شيخنا الأنصاري[1] في المقام إلى النقل مع أنه بنى في مسألة الفضولي على الكشف الحكمي ، والوجه فيما ذكرناه أنّ الأُمور الاعتبارية تابعة للاعتبار فيمكن أن يعتبر الانسان الملكية المتأخّرة لزيد كما ذكرناه في الوصية ، كما له أن يعتبر الملكية له في زمان سابق على زمان الاعتبار ، ولأجل ذلك قلنا لا مانع من أن يبيع الانسان داره قبل سنة من زمان بيعه ، بأن يعتبر المشتري مالكاً لداره من قبل سنة فتترتّب عليه آثار ملكية المشتري ، إلّا أنّا منعنا عن صحة ذلك من أجل أنه على خلاف المرتكز عند العامة وأمر غير متعارف عندهم فلا يشمله العمومات ، وأمّا من حيث صحة الاعتبار فقد عرفت أنّها ممّا لا كلام فيه ، هذا كلّه في الأُمور الاعتبارية لأنّ اختيارها بيد معتبرها .

وأمّا الأُمور التكوينية فلا يعقل فيها ذلك ، مثلاً إذا صدر القبض من غير رضا المشتري ثم بعد مدة رضي به وأجازه فلا يعقل أن يكون ذلك موجباً لانقلاب القبض الصادر من غير رضا المشتري إلى القبض الصادر عن رضاه ، فإنّ إجازته ورضاه إنّما تؤثّران في جعل القبض متّصفاً بالرضا من حين الرضا والاجازة لا من

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢٣ .

السابق ، لأنّه وقع بغير رضا حسب الفرض .

ونظير ذلك ما إذا صلّى أحد في لباس غيره بلا إذنه ثم رضي به مالكه بعد الصلاة فإنّ هذه الاجازة لا يقلب الصلاة الواقعة فيه من كونها بلا رضا إلى كونها صادرة مع رضا مالك اللباس .

وعليه فلا محيص في المقام من الالتزام بالنقل وإن التزمنا في البيع الفضولي بالكشف الحكمي بمعنى اعتبار الملكية للمشتري من زمان العقد حين الاجازة والرضا ولعلّه ظاهر ، هذا كلّه فيما إذا قبض البائع الثمن بلا إذن المشتري ثم أجازه المشتري بعد ثلاثة أيام وقد عرفت أنها مورد الكلام من حيث إنّها كاشفة أو ناقلة .

فهل يأتي هذا النزاع فيما إذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع ثم أجازه البائع بعد ثلاثة أيام أو لا يأتي فيها نزاع الكشف والنقل ؟ لا مانع من جريانه بناءً على ما سلكناه من بطلان البيع بعد ثلاثة أيام فيما إذا لم يقبض البائع المبيع ولا قبض الثمن من المشتري ، فإنه يتكلّم حينئذ في أنّ إجازة البائع بعد ثلاثة أيام هل تكشف عن صدور قبض المبيع عن رضا وإجازة أو أنها ناقلة وتدل على اتّصافه بالرضا من حين الاجازة ، فعلى الأول يحكم بصحة المعاملة كما على الثاني يحكم ببطلانها لعدم حصول شيء من الاقباض والقبض قبل ثلاثة أيام .

وأمّا بناءً على صحة المعاملة وكونهما شرطاً في حصول الخيار كما عليه المعروف والمشهور فلا ثمرة في نزاع الكشف والنقل ، وذلك لأنّ إجازة البائع على كلا التقديرين ترفع الخيار ، أمّا بناءً على الكشف واعتبار كونها واقعة قبل انقضاء ثلاثة أيام فظاهر ، لأنّه حينئذ قد أقبض البيع قبل الثلاثة فلا خيار له لانتفاء أحد شرطيه ، وأمّا بناءً على النقل واعتبار أنّها وقعت بعد ثلاثة أيام فلأنّها إسقاط لخياره حيث إنّ الخيار للبائع وإجازته القبض معناها رضاه بالقبض بعنوان

المعاملة والبيع وهو معنى الاسقاط ، ولعلّه لذلك لم يتعرّض لهذا الخلاف شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في طرف البائع وإنّما تعرّض له في طرف المشتري ، إذ ليس له خيار فتختلف الآثار بالاضافة إليه بناءً على الكشف والنقل ، هذا .

ومن الغريب ما صدر عن بعض أجلّاء المحشين[١] حيث ذكر أنّ النزاع في الكشف والنقل لا يترتّب عليه أثر (أي في طرف المشتري) وعلّله بما علّلنا به عدم جريان النزاع في طرف البائع من أنّها على تقدير وقوعها قبل الثلاثة توجب ارتفاع الخيار لارتفاع شرطه ، وعلى تقدير وقوعها بعد الثلاثة أيضاً ترفع الخيار لأنّها إسقاط له .

وهذا اشتباه ظاهر ، لأنّ المشتري ليس له الخيار حتى تكون إجازته قبض البائع بعد ثلاثة أيام مسقطة لخياره بخلاف العكس كما مرّ .

الشرط الثالث

ومنها : أي من جملة شرائط الخيار أو البطلان عدم استناد تأخير إقباض المبيع أو قبض الثمن عن ثلاثة أيام إلى اشتراط التأخير كما إذا اشترط أحدهما على الآخر تأخير تسليم الثمن أو المثمن ، لأنّ الروايات منصرفة إلى صورة تأخيرهما لا عن حقّ بمعنى أنّها إنّما أثبت الخيار أو دلّت على البطلان فيما إذا كان الاقباض والقبض في ثلاثة أيام من آثار المعاملة لا فيما إذا لم يكن من آثارها كما في صورة اشتراط التأخير فإنه لا وجه لتوهم ثبوت الخيار أو البطلان حينذاك ، لعدم وجوب الاقباض أو القبض حينئذ لأجل الاشتراط ولعلّه ظاهر .

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ٣ : ١٨٨ .

الشرط الرابع

ومنها : أن يكون المبيع شخصياً أو ما هو بمنزلته كالكلّي في المعيّن الموجود في الخارج ، وأمّا إذا كان كلّياً فلا يثبت فيه الخيار ، ذهب إلى ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) واستشهد عليه بكلمات الأصحاب ، وربما استظهر منها الاتّفاق على عدم ثبوت هذا الخيار في المبيع الكلّي ، ثم استشكل في جريان حديث نفي الضرر في المبيع الكلّي وذكر أنه أيضاً يختص بالمبيع الشخصي بدعوى أنّ الكلّي في الذمّة لا يتصوّر فيه التلف قبل قبضه حتّى يتضرّر البائع من أجل ضمانه ودركه فلا ضرر عليه من هذه الجهة ، ولا يجري حديث نفي الضرر في حقّه فيختصّ بالمبيع الشخصي لا محالة ، وأمّا النصوص فهي أيضاً ظاهرة في الشخصي .

أمّا الروايتان المشتملتان على لفظ « البيع » أعني رواية علي بن يقطين وابن عمّار حيث اشتملت الأُولى على أنّ الرجل يبيع البيع ولا يقبضه ، والثانية من اشترى بيعاً الخ ، فلأنّ المراد بالبيع فيهما هو المبيع ، وإنّما يطلق عليه البيع قبل وقوع المعاملة من جهة معرّضيته للبيع ، وما يكون معرّضاً للبيع هو العين الشخصية وما يكون موجوداً من الأموال التي يرغب فيها الناس ، وأمّا الكلّي فلا وجود له في الخارج حتّى يجعل في معرض البيع والمعاملة .

وأمّا رواية زرارة « الرجل يشتري من الرجل المتاع ثمّ يدعه عنده » الخ فهي أيضاً ظاهرة في المبيع الشخصي من جهتين : إحداهما أنّ لفظ المتاع ظاهر في الأموال الموجودة ولا يصح إطلاقه على الكلّي ، لأنّ المتاع بمعنى ما يتمتّع به وهو يختص بالموجود . وثانيتهما : قول « يدعه عنده » فإنّ إيداعه وتركه المال عند البائع إنّما يتصوّر في الشخصي وأمّا الكلّي فلا معنى لتركه عند البائع .

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٢٣ .

وكذا رواية أبي بكر « من اشترى شيئاً » فإنّ الشيء وإن كان يشمل الشخصي والكلّي إلّا أنّ شموله للشخصي وظهوره فيه لا يحتاج إلى قرينة وهو نظير المجاز المشهور والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده في عدم احتياج إرادة المعنى الحقيقي أو المطلق إلى القرينة ، وإرادة الشخصي من الشيء لا يحتاج إلى قرينة ودلالة ، فلا يمكن دفع احتمال إرادة الشخصي منه بأصالة عدم القرينة لما عرفت من أنّ إرادته منه لا يحتاج إلى قرينة حتّى تدفع بالأصل ، هذه خلاصة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

وللمناقشة في جميع ذلك مجال ، أمّا ما استشهد به من كلمات الأصحاب واستظهاره الاتّفاق ففيه : أنّ ظهور جملة من كلمات الفقهاء في اختصاص الخيار بالمبيع الشخصي وإن كان لا يقبل الانكار ، إلّا أنّ في مقابلها كلمات اُخرى ظاهرة في التعميم وعدم الاختصاص ، ويكفي في ذلك ما يظهر من الشهيد (قدّس سرّه)(١) حيث أسند القول بالاختصاص إلى الشيخ (قدّس سرّه) فإنّ ظاهره أنّ الشهيد لا يلتزم بذلك ، بل يمكن استظهار أنّ غير الشيخ لا يقول بالاختصاص ، والشهيد (قدّس سرّه) ممّا يعتنى بنقله لاشتهاره في ذلك وتخصّصه في فهم كلمات الفقهاء (قدّس سرّهم) وكيف كان فلا يمكننا تحصيل الاتّفاق المفيد للقطع برأي الإمام (عليه السلام) من كلمات الأصحاب في المقام .

وأمّا ما أفاده من اختصاص حديث نفي الضرر بالمبيع الشخصي فيدفعه أوّلاً : أنّ الحديث لا يثبت الخيار في المقام ولا يصح الاستدلال به عليه كما أسلفناه سابقاً . وثانياً : لو اعتمدنا عليه في إثبات الخيار فلا مانع من جريانه في بيع الكلّي أيضاً ، لأنّ الضرر المتوجّه إلى البائع متعدّد ، منها أنّ ضمانه ودركه عليه فيما إذا تلف

---

(١) الدروس ٣ : ٢٧٣ .

قبل قبضه ، ومنها صبره عن الثمن وعدم تصرّفه فيه ، ومنها وجوب حفظ مال الغير ، فهب أنّ الضرر من الناحية الأُولى والثالثة لا يتصوّر في المبيع الكلّي وأمّا الضرر من الناحية الثانية فهو جارٍ في كل من الكلّي والشخصي ، لأنّ عدم تصرّفه في الثمن ضرر عليه فلا مانع من جريان الحديث من تلك الجهة .

ودعوى أنّ صبره وعدم تصرّفه من قبيل عدم النفع وليس من باب الضرر كما ادّعي في المقام واضحة الدفع ، لأنّ الصبر إنما يكون من قبيل عدم النفع بالاضافة إلى مال الغير ، وأمّا في مال نفسه وهو الثمن فلا محالة يكون صبره وعدم تصرّفه فيه ضرراً وموجباً لفوات منافعه .

وأمّا النصوص فلا يستفاد منها الاختصاص أيضاً ، أمّا روايتا علي بن يقطين وابن عمّار المشتملتان على لفظ « البيع » فهما وإن كانتا ظاهرتين في إرادة المبيع من البيع بقرينة قوله « ولا يقبّضه » وقوله « من اشترى بيعاً » فإن الاقباض والاشتراء لا يتصوّران في البيع ، إذ لا معنى لاقباض البيع أو اشترائه ، فيتعيّن أن يكون المراد منه المبيع ، وليس المقام من قبيل قولنا زرت زيارة الأربعين أو ضربت ضرباً كذا في كون المصدر مفعولاً مطلقاً ، بل المراد به هو المبيع بالقرينتين المذكورتين ، إلّا أنّه لم تقم دليل على أنّ إطلاق البيع على المبيع من أجل معرّضيته للبيع ، بل الظاهر أنّ إطلاق البيع عليه بعلاقة الأول والمشارفة نظير ما ورد في قولهم من قتل قتيلاً فله سلبه أي من قتل شخصاً سيتّصف بالقتل ومشرف عليه ، وهي وإن لم تكن رواية صحيحة إلّا أنّه لا بأس بالاستشهاد بها في المقام ، وقوله تعالى : ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْراً﴾ (١) وهذا المعنى كما يتحقّق في المبيع الشخصي كذلك يتحقّق في المبيع الكلّي ، لأنّ الكلّي أيضاً سيتّصف بكونه مبيعاً بعد المعاملة ، هذا أوّلاً .

---

(١) يوسف ١٢ : ٣٦.

ثم لو سلّمنا أنّ إطلاقه عليه بعلاقة المعرّضية للبيع فهذا لا يمنع عن شموله للكلّي ، فإنّ الشخصي كما يمكن أن يكون معرّضاً للبيع كذلك الكلّي قابل لأن يكون معرّضاً للمعاملة كما هو المشاهد في التجّار فإنّهم دائماً يبيعون الكلّي في الذمّة فالكلّيات عندهم في معرض البيع ولعلّه ظاهر .

وأمّا رواية زرارة فلا دلالة فيها أيضاً على الاختصاص ، أمّا من جهة لفظ المتاع ، فلأنّ المتاع كالماء وغيره ممّا وضع للطبيعي فهو كما يشمل الموجود الشخصي كذلك يشمل الكلّي في الذمّة كالماء بعينه ولا اختصاص فيه بالموجود الشخصي وأمّا من جهة قوله « ثمّ يدعه عنده » فلأن يدع بمعنى يترك والترك مقابل الأخذ والقبض ، والترك كما يطلق على عدم أخذ المبيع الشخصي كذلك يصح إطلاقه على عدم أخذ المبيع الكلّي ، والذي يدلّنا على ذلك صحّة إطلاق ذلك على عدم أخذ الثمن الكلّي من المشتري ، لأنّا إذا بعنا متاعنا من تاجر وأراد التاجر ردّ ثمنه فلم نأخذه منه لعدم حاجتنا إليه أفلا يصح حينئذ أن نقول تركنا الثمن عند المشتري ، أو يقول غيرنا أنّ فلاناً ترك الثمن عند المشتري مع أنّ الثمن كلّي كما هو الحال في أغلب المعاملات ، هذا .

وعلى تقدير تسليم عدم دلالة الرواية على التعميم وعدم استفادة جريان الخيار منها في المبيع الكلّي فهو لا يمنع من دلالة الروايتين المتقدّمتين على التعميم لأنّ لفظ « يدعه عنده » إنّما وقع في كلام السائل ولم يقع في كلام الإمام (عليه السلام) حتّى يمكن الاستدلال به ، على أنّ ظاهره المبيع الشخصي فغاية ما في الباب أنّ هذه الرواية دلّت على ثبوت الخيار في خصوص المبيع الشخصي فلا يمنع عن دلالة سائر الأخبار على التعميم لعدم دلالة الرواية على الاختصاص (حتى تقع المعارضة بينهما) .

وأمّا رواية أبي بكر فربما يقال بأنّ الشيء فيها ظاهر في المبيع الشخصي ولا

مانع من أن يشمل الكلّي أيضاً ، إلّا أنّ انصرافه إلى الموجود الشخصي نظير انصراف المطلق إلى بعض أفراده وهذا هو مدّعى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وأُخرى يقال باختصاص الشيء بالموجود الخارجي وعدم صحة إطلاقه على الكلّي ، وذلك من جهة أنّ الشيء بمعنى المشيء وجوده ، فالشيء معناه الموجود فكل ما هو موجود فهو شيء وما لا يكون موجوداً فهو ليس بشيء ، فلا يطلق على الأُمور العدمية لفظ الشيء .

ثمّ إنّ ظاهر الرواية أن يكون المبيع شيئاً أي موجوداً قبل وقوع البيع عليه كما هو ظاهر قوله من اشترى شيئاً ، وعليه فيختصّ بالبيع الشخصي لأنّ الكلّي بعد وقوع المعاملة عليه وإن صحّ إطلاق الشيء عليه إلّا أنّه قبل وقوع المعاملة عليه ليس بشيء ولا وجود له ، ومن هنا لا تشمله الرواية لظهورها في كون المبيع موجوداً قبل وقوع البيع عليه ، ومقتضى الدعوى الأُولى أنّ الشيء أعم إلّا أنّه ظاهر في خصوص الموجود الشخصي ، ومقتضى الدعوى الثانية ، هو اختصاص الشيء بالمقيّد بالوجود وعدم صحة إطلاقه على الكلّي .

وكلتا الدعويين ساقطتان ، وذلك لأنّ الشيء في اصطلاح الفلاسفة وإن كان يختص بالأُمور الوجودية وما لا وجود له فهو ليس بشيء عندهم ، إلّا أنّه بحسب العرف واللغة مفهوم عام يشمل الواجب والممتنع والممكن بجميع أقسامه ويشمل الأُمور الموجودة والمعدومة ، ومن هنا ذكرنا في بعض مباحث الأُصول[1] أنّ وصف الشيء بالعدم ليس فيه مناقضة فيصح أن يقال هذا شيء معدوم أو يقال المعدوم شيء والموجود شيء آخر ، فإنّه لا مناقضة في ذلك عرفاً ولغة ، فإنّ وزان الشيء وزان الأمر الذي يصح إطلاقه على المعدوم والموجود ، فكما يصح إطلاق الشيء

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٣) : ٣١٠ ـ ٣١١ .

على الموجود الخارجي كذلك يصح إطلاقه على الموجود الذهني والكلّي، فلا وجه لدعوى تقييده بخصوص الموجود الشخصي أو انصرافه إليه ويوضّح ذلك: ما إذا ورد أنّ وقت أذان الجمعة يحرم بيع شيء، أفيتفوّه عاقل باختصاص ذلك بالشخصي ولا يشمل الكلّي فيبيع ويشتري الكلّي بدعوى أنّه ليس بشيء. وبالجملة فما دام التعهّد الوضعي باقياً لا يمكن رفع اليد عن معناه، اللهمّ إلّا أن يرفع اليد عن تعهّده ووضعه، هذا.

على أنّا لو سلّمنا اختصاص الشيء بالموجود الشخصي وعدم استفادة التعميم من هذه الرواية ففي روايتي علي بن يقطين وابن عمّار كفاية، وعلى هذا فلا يختص هذا الخيار أو البطلان بخصوص المبيع الشخصي بل يجري فيه وفي المبيع الكلّي في الذمّة، بلا فرق بينهما.

ثمّ إنّ هنا أُموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار:

منها: ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) في التحرير[1] وابن إدريس في السرائر[2] وهو أن لا يكون لهما أو لأحدهما خيار، وقيّده في السرائر بخصوص شرط الخيار وأنّهما إذا اشترطا لنفسهما الخيار أو اشترطه أحدهما فلا نثبت فيه خيار التأخير للبائع. وأمّا التحرير فظاهره الاطلاق وأنّ مطلق الخيار لأحدهما أو لهما يمنع عن ثبوت خيار التأخير.

وكيف كان فيقع الكلام في مدرك هذا الاشتراط، وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[3] أنّ المدرك في ذلك مجموع أمرين:

---

(١) التحرير ٢: ٢٨٩.

(٢) السرائر ٢: ٢٧٧.

(٣) المكاسب ٥: ٢٢٩.

أحدهما : أنّ ظاهر الروايات الدالّة على خيار التأخير أنّ عدم القبض والاقباض إنّما يوجب خيار التأخير فيما إذا لم يكن عن حقّ كما إذا لم يقبض المشتري الثمن عداوناً ومماطلة ولأجله لم يقبضه البائع المثمن ، وأمّا إذا كان تأخير المشتري على وجه الحق ولم يكن من باب المماطلة فهو لا يوجب الخيار للبائع ، إذ الأخبار منصرفة عن صورة تأخير المشتري عن حق ، وظاهرها ما ذكرناه من كون عدم القبض لا على وجه الحق ، كما أنّ ظاهرها كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا من جهة ثبوت حق له في عدم الاقباض ولو مع قبض الثمن .

وثانيهما : أنّ البيع الخياري لا يجب فيه تسليم المثمن على البائع ولا تسليم الثمن على المشتري ، لأنّه ممّا لا إلزام فيه على الوفاء حتّى أنّه إذا سلّم أحدهما ماله إلى الآخر فلا يجب عليه تسليم مقابله إليه لخيارية العقد وعدم وجوب الوفاء فيه .

فإذا ضممنا أحد هذين الأمرين إلى الآخر ينتج أنّ عدم تسليم المشتري الثمن إلى البائع إنّما هو عن حق لعدم وجوب التسليم عليه حسب الفرض ، كما أنّ عدم إقباض البائع المثمن من جهة ثبوت حق له في ذلك لعدم وجوب التسليم عليه ، وليس عدم إقباضه مستنداً إلى عدم قبض الثمن ، وقد فرضنا أنّ الأخبار إنّما تدل على ثبوت الخيار فيما إذا لم يكن عدم مجيء المشتري بالثمن عن حق وكان عدم إقباض البائع من جهة عدم قبضه الثمن ، وكلا الأمرين منتفيان في المقام ، إذ المفروض أنّ عدم مجيء المشتري عن حق كما أنّ عدم إقباض البائع مستند إلى حقّه لا إلى عدم قبضه الثمن . فلازم هذين الأمرين اعتبار عدم ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما في ثبوت خيار التأخير ، هذا .

وشيخنا الأنصاري بعد إيهام ردّ كلتا المقدّمتين بقوله : وفيه بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الأخبار الخ قد أورد عليه بنقضين :

أحدهما : أنّ لازم هاتين المقدّمتين كون مبدأ التأخير في هذا الخيار بعد

انقضاء خيار المجلس وبعد الافتراق لأنه ثابت في جميع البيوع أو أغلبها ، والمفروض أنّهما في زمان الخيار لا يلتزمان بالتسليم ، فيكون عدم إقباض كل واحد منهما في زمان خيار المجلس مستنداً إلى حقهما فلا يثبت حينئذ خيار التأخير لعدم حصول شرطه ، فلابدّ من اعتبار التأخير ثلاثة أيام بعد انقضاء المجلس حتّى لا يكون عدم الاقباض مستنداً إلى حقّهما أو أحدهما ، مع أنّ ظهور الروايات بل صراحتها تقتضي الحكم بثبوت هذا الخيار واعتبار ثلاثة أيام من حين البيع لا من حين الافتراق .

وثانيهما : أنّ لازم هذين الأمرين عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان ، لأنّ المشتري فيه على الخيار إلى ثلاثة أيّام ، فعدم تسليمه الثمن حينئذ مستند إلى حقّه والمفروض اشتراط عدم الخيار لهما أو لأحدهما في ثبوت هذا الخيار ، وحيث إنّ المشتري له الخيار في بيع الحيوان فلا يثبت فيه خيار التأخير مع أنّهم متّفقون على ثبوت خيار التأخير في جميع أفراد البيع ولم يخالفهم في ذلك إلّا الصدوق (رحمه الله)[1] حيث ذهب إلى كون الخيار في خصوص الجارية بعد شهر لا بعد ثلاثة أيام من جهة وروده في بعض الأخبار كما ستأتي الاشارة إليه إن شاء الله تعالى .

ودعوى أنّ خيار التأخير إنّما يثبت بعد انقضاء خيار الحيوان فيحسب ثلاثة أيام بعد انقضاء خيار الحيوان ، فإذا لم يجئ بالثمن فيها فيثبت للبائع الخيار ، مدفوعة بأنه على خلاف ظهور الأخبار ، لأنّها كالصريح في أنّ مبدأ الثلاثة في ثبوت خيار التأخير هو زمان وقوع البيع لا زمان انقضاء خيار الحيوان .

لا يقال : إنّ لازم عدم جريان الخيار في بيع الحيوان عدم جريانه في كل بيع يثبت فيه خيار المجلس ، لأنّ ظهور الأخبار في أنّ مبدأه هو حين البيع لا زمان

---

(١) المقنع : ٣٦٥.

انقضاء الخيار فلماذا التزمتم بثبوته بعد انقضاء خيار المجلس ولم تلتزموا بثبوته بعد انقضاء زمان خيار الحيوان ، فما وجه الفرق بينهما .

لأنّه يقال : إنّ أغلب المعاملات والبيوع لولا جميعها مشتمل على خيار المجلس لا محالة إلّا فيما إذا إذا أسقطاه وهو نادر ، ولازم عدم جريان خيار التأخير فيما يثبت فيه خيار المجلس إلغاء خيار التأخير في أغلب البيوع أو جميعها وهو يستلزم لغوية الأخبار الدالّة على ثبوته أي خيار التأخير وبقاءها بلا مورد ، وهذا بخلاف الالتزام بعدم جريانه في بيع الحيوان ولعلّه ظاهر ، هذا .

وشيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) ذهب إلى تمامية المقدّمتين المتقدّمتين والتزم بعدم ثبوت خيار التأخير فيما إذا ثبت لهما أو لأحدهما الخيار ، وأفاد أنّ ما ذكره العلّامة في التحرير وابن إدريس في سرائره هو الصحيح .

أمّا المقدّمة الأُولى : فلأنّ صراحة الأخبار وانصرافها عمّا إذا كان تأخير المشتري مستنداً إلى حقّه ممّا لا يقبل الانكار ، هذا . قلت : بل الشيخ (قدّس الله سرّه) اعترف بذلك في الشرط الثالث من شروط خيار التأخير قبل صحيفة حيث استدلّ على عدم ثبوت الخيار فيما إذا اشترط المشتري التأخير على البائع بمدّة : بأنّ الروايات منصرفة عن صورة كون التأخير مستنداً إلى حقّ المشتري ، ومعه كيف يمكنه الانكار في المقام بقوله (قدّس سرّه) وفيه بعد تسليم الحكم الخ لأنّه يوهم الانكار وإلّا لما يمكنه إثبات الشرط الثالث بالانصراف ، وهذه المقدّمة كما أفاده ممّا لا كلام فيه وإنّما المهم هو ما أفاده في إثبات المقدّمة الثانية .

وأمّا المقدّمة الثانية : فلأنّ العقد إذا لم يكن بنفسه واجب الوفاء ولم يلزم البائع أو المشتري به فلا محالة تكون آثاره أيضاً غير لازمة الوفاء ، ومن هنا قلنا إنّ

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٨٣ .

الشرط في العقد الخياري بالعرض أو بالذات لا يجب الوفاء به سواء كـان شرطاً صريحاً أو ضمنياً كتسليم الثمن والمثمن ، وعليه فحيث إنّ العقد خياري في المقام فلا يجب عليهما الوفاء به ولا يجب عليهما التسليم والتسلّم الثابتان بالاشتراط الضمني ولا غيرهما من لوازم العقد وآثاره ، وعليه فالمقدّمتان تامّتان ولازمهما عدم ثبوت خيار التأخير فيما إذا ثبت لهما أو لأحدهما الخيار ، لأنّ التأخير حينئذ مستند إلى حق المشتري كما أنّ عدم إقباض البائع مستند إلى حقه في التأخير لا إلى عدم قبضه الثمن .

ثم أفاد (قدّس الله نفسه) أنّ الشيخ (قدّس سرّه) وإن أنكر عدم وجوب التسليم والتسلّم في المقام إلّا أنه (قدّس سرّه) اعترف به في أحكام القبض في الجـواب عـمّا أورده المحقّق الأردبيلي على مقالة المشهور من أنّ المشتري إذا لم يـدفع الثمـن إلى البائع فيجوز له عدم إقباض المبيع .

فأورد عليه الأردبيلي (قدّس سرّه) بأنّ معصية أحد وظلمه وهـو المشـتري حيث عصى بعدم دفع الثمن إلى البائع كيف تكون سبباً ومرخّصاً في معصية الآخر وظلمه ، وكيف يجوز للبائع عدم إقباض المبيع مع أنّه واجب عليه ، هذا .

فأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري بأنّ عدم دفع البائع ليس معصية وظلماً بل من جهة حقّه الثابت بالاشتراط الضمني حيث اشترط كل منهما على الآخر عدم تسليمه ملك الآخر إلّا فيما إذا سلّمه الآخر ملكه وتخلّفه يوجب الخيار ، ونتيجة ذلك أنّ التسليم والتسلّم غير واجبين في زمان الخيار .

وأمّا نقضه (قدّس سرّه) بخيار المجلس والحيوان فيندفع بأنّ ظاهر الروايات هو عدم كون المتبايعين ذوي خيار في زمان مقارن لخيار التأخير وهو بعد انقضاء ثلاثة أيام من صدور البيع بآن ، لأنه زمان ثبوت خيار التأخير ، فكـون أحـدهما أو كلاهما ذا خيار في هذا الزمـان يـوجب أن يكـون التأخـير مسـتنداً إلى حـقّهما

وخيارهما ، وأمّا الخيار قبل انقضاء ثلاثة أيام كخياري المجلس والحيوان أو بعد ثلاثة أيام بمدة كالخيار بعد شهر من ثلاثة أيام فهما لا ينافيان خيار التأخير ولا يمنعان عن كون تأخيره عن غير حق في زمان خيار التأخير لاختلاف زمانهما والذي يوجب استناد التأخير إلى حقهما هو خيارهما مقارناً لانقضاء ثلاثة أيام الذي هو ظرف لخيار التأخير ، فإنّ تأخيره حينئذ مستند إلى حقه وخياره ، وعليه فالنقض بخياري المجلس والحيوان غير وارد لعدم كونهما مقارناً لانقضاء ثلاثة أيام وإنما هي قبل انقضائها ، فلا يكونان منافيين لخيار التأخير ، نعم لو امتدّ مجلس البيع إلى ثلاثة أيام وما بعدها يكون منافياً لخيار التأخير إذ لا يجب عليه التسليم حينئذ ويكون تأخيره عن حق ، ومعه لا يثبت خيار التأخير ، هذه خلاصة ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) في المقام .

ولنا في جملة ما أفاده نظرات وتأمّلات : منها ما أفاده أخيراً من أنّ الشيخ (قدّس سرّه) سلّم عدم وجوب التسليم والتسلّم في زمان الخيار حيث أجاب عن مناقشة الأردبيلي (قدّس سرّه) في أحكام القبض بأنّ عدم تسليم المشتري ليس بظلم بل من جهة الاشتراط الضمني حيث شرط كل واحد منهما على الآخر التسليم عند تسليم الآخر وتمكينه منه ، وهذا الاشتراط يوجب الخيار عند تخلّفه ، وحيث إنّ البائع لم يسلّم المبيع إلى المشتري فله أن لا يسلّم الثمن إليه ، ومعنى ذلك أنّهما في زمان الخيار غير محكومين بوجوب التسليم والتسلّم .

ولا يخفى عليك أنّ البابين مختلفان وأحدهما أجنبي عن الآخر ، وذلك لأنّ عدم وجوب التسليم والتسلّم على المتبائعين عند اشتراطهما ليس من جهة الخيار بل من جهة الاشتراط ، فإنّ الفرض أنّ كل واحد منهما اشترط على الآخر التسليم عند تسليمه ، فإذا لم يحصل التسليم منه فلا يجب التسليم عليه حسب الاشتراط ، كان العقد لازماً أم كان جائزاً ، فليس عدم وجوب التسليم مستنداً إلى الخيار كما

عرفت ، وأمّا في المقام فالمدّعى أنّ من آثار الخيار عدم وجوب التسليم والتسلّم من جهة أنّ العقد إذا لم يكن بنفسه لازم الوفاء فلا يكون آثاره أيضاً واجب الوفاء حتى فيما إذا سلّم أحدهما إلى الآخر فإنه لا يجب على الآخر ردّ ماله إليه لأنّ العقد خياري وليس لازم الوفاء ، مع أنّ عدم وجوب التسليم لو كان من جهة الاشتراط لوجب على الآخر التسليم لحصول شرطه .

وكيف كان فالبابان مختلفان ، ولا ينافي القول بعدم وجوب التسليم من جهة الاشتراط القول بأنّ الخيار لا يترتّب عليه عدم وجوب التسليم والتسلّم لتعدّد المسألتين ، وقد عرفت أنّ عدم وجوب التسليم في أحكام القبض من جهة الاشتراط وعدم حصول شرطه لا من جهة الخيار ، فكلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام غير مناقض لما أفاده في أحكام القبض لتعدّدهما كما مرّ .

ومنها : ما أفاده في المقدّمة الأُولى من أنّ ظاهر الروايات هو عدم المجيء بالثمن لا عن حق ، وأمّا إذا كان تأخيره عن حق له فلا يكون مشمولاً للأخبار وأنّ مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن لا يكون التأخير عن حق بعد ثلاثة أيام بآن لأنه ظرف ثبوت خيار التأخير ، وعدم المجيء إن كان في ذلك الوقت عن غير حق فيثبت خيار التأخير له ، وإن كان عن حقّ فلا يثبت ، وأمّا تأخيره قبل انقضاء ثلاثة أيام أو بعدها بمدة فكونه عن حق أو عن غير حق لا يمنع عن خيار التأخير لأنّ ظرفه هو بعد الثلاثة بآن لا قبلها ولا بعدها بمدة ، وعليه فخياري المجلس والحيوان لا ينافيان خيار التأخير لأنّ ظرفهما قبل انقضاء الثلاثة وهما يوجبان الحق في التأخير قبل انقضائها ولا يشملان ما بعد الثلاثة بآن الذي هو ظرف ثبوت هذا الخيار ، وقد عرفت أنّ كون التأخير عن حق أو عن غير حق قبل انقضاء الثلاثة ممّا لا أثر له ، بل اللازم أن لا يكون التأخير في ظرف ثبوت خيار التأخير عن حق ، وعليه فخياري المجلس والحيوان لا ينافيان خيار التأخير ، هذا .

وما أفاده من أنّ ظاهر الأخبار عدم كون التأخير عن حق فمّا لا غبار عليه بل قد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) اعترف بانصراف الأخبار عمّا إذا كان التأخير عن حق في الشرط الثالث ، فعدم شمول الأخبار لما إذا كان التأخير عن حق للمشتري ممّا لا مناص عن الالتزام به . إلّا أنّ ما أفاده من أنّ المناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي أن لا يكون التأخير عن حق بعد انقضاء ثلاثة أيام بآن فهو مما لا مقتضي له ، لأنّ ظاهر الروايات هو أن لا يكون عدم المجيء بالثمن في ثلاثة أيام عن حق لا عدم كونه عن حق بعد انقضائها ، بل ظاهر أنه إذا لم يأت به في الثلاثة يثبت للبائع الخيار وإن أتى به بآن بعد انقضائها ، فمنه يظهر أنّ التأخير لابدّ وأن لا يكون عن حق أو يكون كذلك في ثلاثة أيام من زمان البيع لا التأخير بعد انقضائها ، لأنّ الموضوع لخيار التأخير هو التأخير في الثلاثة لا بعدها وهو الذي يشترط فيه أن لا يكون عن حق دون التأخير بعدها ، وكيف كان فالمشتري إنما أُمهل في التأخير في الثلاثة لا بعد انقضائها ، وعليه فثبوت خياري المجلس والحيوان في ثلاثة أيام يمنع عن هذا الخيار ، لأنّهما يوجبان الحق في التأخير في ثلاثة أيام ، مع أنّ الموضوع لخيار التأخير هو التأخير في الثلاثة لا عن حق ، فما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ لازم هذا الكلام عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان ممّا لا مناص عن الالتزام به .

ومنها : ما أفاده في المقدّمة الثانية من أنّ الخيار يوجب عدم التسليم والتسلّم وأنّ من آثاره عدم وجوبهما بدعوى أنّ العقد إذا لم يجب الوفاء به بنفسه فلا تكون آثاره أيضاً لازمة الوفاء ، ولذا تكون الشروط الضمنية والصريحة في البيع الخياري غير واجبة العمل ، فإنّ ما أفاده (قدّس سرّه) مبني على أن يكون المدرك

للزوم العقد هو قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] واستفادة الوجوب التكليفي منه بمعنى أنّ العقد يجب الوفاء به شرعاً ، ومعنى وجوب الوفاء هو وجوب ترتيب آثاره عليه ، فإذا خصّص ذلك في مورد يكون البيع خيارياً وقلنا بعدم وجوب الوفاء به حينئذ فلازمه قهراً عدم وجوب ترتيب آثاره عليه ، لأنّه معنى عدم وجوب الوفاء شرعاً فلا يجب التسليم والتسلّم حينئذ .

إلّا أنّ ذلك ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما عرفت في محلّه من أنّ وجوب التسليم والتسلّم وغيرهما من الآثار ليست من آثار اللزوم بل هي من آثار الملكية ، لأنّ ملك الغير يحرم التصرّف فيه أو يجب ردّه إلى مالكه وهكذا ، وهذه الآية المباركة في مقام الارشاد إلى لزوم العقود لعدم إمكان الحكم بوجوب الوفاء مولوياً ، إذ الوفاء بمعنى الانهاء ولا يصح أن يتعلّق به حكم مولوي كما مرّ في محلّه كما أنّ معنى الخيار هو ملك فسخ العقد وإمضائه ، فمن له الخيار يتمكّن من فسخ العقد وإرجاع المال إلى ملكه ، وليس معناه عدم وجوب التسليم والتسلّم لما عرفت من أنه ليس من آثار اللزوم حتّى يرتفع بارتفاعه ويثبت عدم وجوب التسليم عند الخيار ، وإنّما هو من آثار الملكية فإذا كان المبيع ملك المشتري فيجب على البائع ردّه إليه كما أنّ المشتري يجب أن يردّ الثمن إلى البائع كان لهما الخيار أم لم يكن ، نعم لو كان لأحدهما أو لكليهما خيار فيتمكّن من فسخ العقد وارجاع الملك إلى نفسه وأمّا قبل ذلك فليس له أن يتصرف في ملك الآخر لحرمته ، وقوله (عليه السلام) « لا يحل ما امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »[٢] وقوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

﴿بِالْبَاطِلِ﴾[1] وغيرهما ممّا دلّ على حرمة التصرف في مال الآخر ، وكيف كان فالخيار لا يستلزم ولا يترتّب عليه عدم وجوب التسليم لأنّه تصرف في مال الغير وهو حرام ، وإنما يترتّب عليه جواز التصرف فيه برفع موضوعه وارجاعه إلى ملك نفسه .

فالمتحصّل : أنّ الخيار لا يترتّب عليه عدم وجوب التسليم اللهم إلّا أن يشترطا ذلك في ضمن العقد وهو أمر آخر تكلّمنا فيه في الشرط الثالث ، وعليه فلا مانع من أن يكون لكليهما أو أحدهما خيار فإنّه لا يوجب أن يكون تأخيره عن حق ، ومعه لا مانع من خيار التأخير ، فلا يكون الخيار مانعاً عن ثبوت خيار التأخير ، هذا .

نعم ربما يتوهّم عدم إمكان اجتماع خيارين أو أزيد كما مرّ ذلك في خيار المجلس ، أو يتوهم أنّ الغرض من خيار البائع في المقام هو عدم تضرّره ، فإذا ثبت له الخيار من ناحية أُخرى وتمكّن من دفع ضرره فلا يحكم عليه بخيار التأخير لعدم تضرّره ، وهذا القائل لا يرى خيار المشتري مانعاً عن ثبوت خيار التأخير للبائع وإنّما يرى خيار البائع مانعاً عن ثبوته .

وقد استند فيما ذهب إليه بوجهين : أحدهما ما تقدّمت الاشارة إليه من أنّ الغرض من جعل خيار التأخير للبائع عدم تضرّره بالتأخير بعد الثلاثة ، وإذا فرضنا أنّ له خياراً من ناحية أُخرى بحيث يتمكّن من فسخ المعاملة ولا يتضرّر بالتأخير فتنتفي علّة خيار التأخير لا محالة وهي تضرّر البائع ، وإذا انتفت العلّة فينتفي المعلول لا محالة فلا يثبت له الخيار ، هذا .

وظاهر كلام المستدل أنه يشترط عدم الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام ، وأنه إذا

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

كان له خيار بعد الثلاثة فلا يتضرّر بالتأخير بعد الثلاثة، لا أنّه يشترط عدم الخيار له في ثلاثة أيام، لأنّ عدم تضرّره بالتأخير فيها لا يمنع عن تضرّره بالتأخير بعد الثلاثة، والموضوع لخيار التأخير هو التأخير بعد الثلاثة لا إلى الثلاثة، وهذا أي التضرّر بالتأخير بعد ثلاثة أيام ينتفي فيما إذا كان له خيار آخر بعد الثلاثة كخيار العيب أو الغبن ونحوهما.

وعليه فلا يرد على هذا الاستدلال ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الضرر بالتأخير بعد الثلاثة لا ينتفي بالخيار في الثلاثة، وذلك لأنّ غرض المستدل أنّ الخيار بعد الثلاثة الذي يمنع عن تضرّره بعد الثلاثة يمنع عن ثبوت خيار التأخير، وما أورده (قدّس سرّه) عليه مبني على فهم معنى آخر من كلام المستدل وهو إرادة الخيار في الثلاثة، وقد عرفت أنّ ظاهر كلام المستدل هو الخيار بعد الثلاثة، فكلام المستدل متين من هذه الجهة إلّا أنّه مبني على أن يكون المدرك لثبوت خيار التأخير هو الضرر، وأمّا إذا قلنا بعدم تمامية الاستدلال بالضرر وأنّ المدرك هو الأخبار فلا وجه لهذا الكلام، لأنّ المناط في ثبوت هذا الخيار حينئذ هو تأخير المشتري ثلاثة أيام سواء تضرّر بذلك البائع أم لم يتضرّر ولو مع البناء على أنّ الحكمة في دلالة الروايات على ثبوت خيار التأخير هو الضرر، إلّا أنه ليس علّة وموضوعاً لذلك في الأخبار كما هو ظاهر.

وثانيهما: أنّ ظاهر الأخبار أنّ البيع لازم في الثلاثة وإنما يصير جائزاً فيما إذا أخّر المشتري بعد ثلاثة أيام حيث قال (عليه السلام) « فإن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام فهو وإلّا فلا بيع له »(١) وهذا إنما يتحقّق فيما إذا لم يثبت له خيار في ثلاثة أيام وإلّا فيكون البيع جائزاً في الثلاثة، مع أنّ الأخبار دلّت على ثبوت خيار

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢١ / أبواب الخيار ب ٩ ح ١ (باختلاف يسير).

التأخير فيما إذا كان البيع لازماً في الثلاثة فتختصّ بما إذا لم يكن له خيار في ثلاثة أيام.

فإن قلت: إنّ الأخبار إنّما دلّت على لزوم البيع في ثلاثة أيام من ناحية خيار التأخير بمعنى أنه لا خيار تأخير له في الثلاثة، وهذا لا يمنع عن عدم لزومه من سائر الجهات.

قلت: لا يعقل أنّ يتقيّد المسبّب بسببه، ولا معنى لأن يقال إنّ التأخير بعد الثلاثة يوجب الخيار المقيّد بالتأخير وأنّ الخيار المقيّد بالتأخير منفي في الثلاثة، لأنّ الظاهر أنّ التأخير سبب للخيار المطلق لا المقيّد بالتأخير. وبعبارة أُخرى أنّ السببية والمسبّبية تنتزعان من الذاتين، وهذه الذات سبب لتلك الذات لا أنّها سبب للذات المتقيّدة والمتّصف بالمسبّبية، لأنّهما عنوانان منتزعان من سببية أحدهما للآخر، فالمسبّب طبيعي الخيار وهو ثابت بعد الثلاثة ومنفي في الثلاثة، فلو فرضنا أنّ البيع خياري في الثلاثة أيضاً فلا يكون طبيعي الخيار منفياً، فيكون هذه الصورة خارجة عن الأخبار.

والجواب عن ذلك: أنّ الظاهر وإن كان كما ذكره المستدل وأنّ التأخير سبب لطبيعي الخيار، إلّا أنّ جعل السببية للتأخير بالاضافة إلى طبيعي الخيار بعد الثلاثة ونفي سببيته لطبيعي الخيار في الثلاثة لا ينافي سببية شيء آخر له حينئذ، ولا مانع من أن يثبت هناك خيار بسبب آخر، وأيّ تناف بينه وبين عدم سببية التأخير لطبيعي الخيار في الثلاثة، وهذا نظير خيار الحيوان وغيره ممّا دلّ على ثبوت الخيار للمتبائعين بسبب من الأسباب، فإنه لا ينافي ثبوته بسبب آخر أيضاً وهو ظاهر ومن هنا اعترف المستدل بعدم كون خيار المجلس مانعاً عن ثبوت خيار التأخير مع أنّ المجلس ربما يطول ويمتد إلى ساعة أو ثلاث ساعات.

وكيف كان، فالروايات اشتملت على عقد إيجابي وهو سببية التأخير

لطبيعي الخيار بعد الثلاثة ، وعلى عقد سلبي وهو عدم سببية التأخير لطبيعي الخيار في الثلاثة ، ولا دلالة فيها على عدم ثبوت الخيار بسبب آخر بوجه .

ومنها : أن يكون العاقد متعدّداً ، واشترطه بعضهم في خيار التأخير واستند في ذلك إلى أمرين :

أحدهما : دعوى ظهور الروايات في تعدّد العاقد حيث اشتملت على أنّ البائع غير المشتري ، وأنه إذا جاء بالثمن إلى ثلاثة أيام ودفعه إلى البائع فلا خيار وإلّا فللبائع كذا ، وظاهرها تعدّد المتعاقدين .

وثانيهما : أنّ خيار التأخير إنما يثبت بعد خيار المجلس ، ولو كان العاقد واحداً فمجلسه يبقى إلى الأبد ولا يتصوّر فيه الافتراق فأين يثبت خيار التأخير حينئذ .

والجواب عن الأول ظاهر ، فإنّ الأخبار ظاهرة في تعدّد البائع والمشتري لا في تعدّد العاقد ، ومن الظاهر أنّ البائع والمشتري إذا كان واحداً لا يعقل فيه القبض والاقباض ، إذ لا معنى لاقباض نفسه وقبض شيء من ذاته فلا يثبت فيه الخيار لا محالة ، وهذا كما في الولي لصغيرين إذا باع مال أحدهما من الآخر فإنّه بنفسه بائع ومشترٍ فلا يثبت في حقّه خيار التأخير ، وأمّا إذا كان البائع والمشتري متعدّداً وكان العاقد واحداً فلا مانع من ثبوت هذا الخيار ، لامكان تأخير المشتري في ردّ الثمن بعد الثلاثة لأنّه غير البائع فيثبت له الخيار .

وأمّا الجواب عن الثاني : فظاهر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الكبرى مسلّمة ولذا ناقش فيه مناقشتين صغرويتين : إحداهما أنّ خيار المجلس لا يثبت لمجرد العاقد والوكيل في إجراء الصيغة فقط ، فلا مانع من أن يثبت له خيار التأخير إذ ليس له خيار المجلس . وثانيتهما : أنّ العاقد الواحد وإن كان خيار المجلس باقياً في

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٣١ .

حقه إلّا أنه يمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه في المعاملة ، فإذا ارتفع خيار المجلس عنه فلا مانع من أن يثبت له خيار التأخير .

وهذان الجوابان مناقشتان صغرويتان ، ولكن المناقشة في الكبرى أولى من أن يناقش في الصغرى ، وذلك للمنع من أنّ خيار التأخير يثبت بعد خيار المجلس إذ ليس لهذا الاشتراط والتقييد أثر في الروايات ، وهي مطلقة وظاهرها ثبوت خيار التأخير حتّى قبل انقضاء المجلس ، نعم الغالب أنّ المجلس لا يمتدّ إلى ثلاثة أيام وينقضي قبلها ، إلّا أنّ التقييد بذلك ممّا لا أثر منه في الأخبار ، فما أفاده المستدل غير ثابت لا بحسب الصغرى ولا من ناحية الكبرى كما عرفت .

ومنها : أن لا يكون المبيع جارية أو مطلق الحيوان ، واشترطه الصدوق (قدّس سرّه) في المقنع(١) والظاهر أنّ الصدوق أفتى على طبق الرواية(٢) وهي مشتملة على خصوص الجارية ، ولا وجه لحملها على المثال وإرادة مطلق الحيوان كما أنّ الصدوق تعرّض لهذا الاشتراط في من لا يحضره الفقيه(٣) وقال : إنّ الخيار فيما يفسد من يومه يوم واحد وفيما لا يفسد من يومه ثلاثة أيام وفي الجارية إلى شهر ، وليس في كلامه إشارة إلى مطلق الحيوان ، بل ظاهر عنوان ما لا يفسد من يومه أنه أعم من الحيوان لأنّه ممّا لا يفسد من يومه .

وكيف كان ، فلا وجه لارادة مطلق الحيوان ، بل الكلام في خصوص الجارية وأنّها نظير غيرها من أفراد المبيع الذي ذكرنا أنّ الخيار فيه إلى ثلاثة أيام ، أو أنها تمتاز عن غيرها والخيار فيها إلى شهر ، وقد عرفت أنّ الصدوق (قدّس سرّه) ذهب

---

(١) المقنع : ٣٦٥ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب ٩ ح ٦ .

(٣) الفقيه ٣ : ١٢٧ ح ٧ .

إلى أنّ الخيار فيها إلى شهر ، والمستند في ذلك رواية علي بن يقطين « عن رجل اشترى جارية فقال أجيؤك بالثمن ، فقال : إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلّا فلا بيع له »(١) ومقتضاها أنّ الخيار في الجارية إلى شهر .

وربما يناقش فيها بوجهين **أحدهما** : ما عن العلّامة (قدّس سرّه) في المختلف(٢) من أنّ الرواية ضعيفة .

ولكنّه لم يظهر لنا وجه ما أفاده (قدّس سرّه) وأنّ الرواية من أيّة جهة ضعيفة بل الظاهر عدمه وفاقاً لصاحب الحدائق(٣) حيث وصفها بالاعتبار ولصاحب الجواهر (قدّس سرّه)(٤) وقد نصّ على أنّ الرواية نقية السند .

وتوضيح ذلك : أنّ في الباب روايتين إحداهما هذه الرواية وهي ما رواه الصدوق عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي إسحاق عن ابن أبي عمير عن محمد ابن أبي حمزة عن علي بن يقطين .

وثانيتهما : ما رواه هو (قدّس سرّه) أيضاً عن ابن فضّال عن الحسن بن علي بن رباط عن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام) أو عمّن رواه عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، والرواية الاُولى لا إشكال في رواتها إلّا من جهة اشتمالها على أبي إسحاق وأبو إسحاق كثير بين مجهول وضعيف وموثّق ، ولكن الظاهر أنّ أبا إسحاق هذا هو والد علي بن إبراهيم بن هاشم أي هو إبراهيم بن هاشم وهو رجل ممدوح ، وذلك لأنّ أبا إسحاق على نحو الاطلاق ينصرف إليه ، مضافاً إلى تميّزه عن غيره برواية

---

(١) تقدّم مصدرها آنفاً .

(٢) المختلف ٥ : ١٠١ .

(٣) الحدائق ١٩ : ٤٥ .

(٤) الجواهر ٢٣ : ٥٦ .

محمد بن أحمد بن يحيى عنه وروايته عن ابن أبي عمير ، وكونه وسطاً بينهما مميّز وموجب لتعيين إبراهيم بن هاشم وقد عرفت أنّه ممدوح ، وعليه فالرواية معتبرة ونقيّة السند ولا وجه لتضعيفها كما عن العلّامة (قدّس سرّه) .

وثانيهما : أنّ الرواية ممّا أعرض عنه الأصحاب وإعراضهم يسقط الرواية عن الاعتبار ، ولعلّ هذا الوجه هو الموجب لما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) من أنّ الرواية ضعيفة ، فإنّ إعراض المشهور يكسر الرواية ويسقطها عن الحجّية ومن هنا ذكر بعضهم أنّ الرواية شاذّة ، هذا .

ويمكن المناقشة في ذلك بوجهين : بمنع الصغرى تارةً وبمنع الكبرى أُخرى .

أمّا الأول : فلأنّ إعراضهم عن الرواية غير معلوم فلعلّهم فهموا منها معنى آخر وهو كون التأخير إلى شهر غير مستند إلى خيار التأخير ، بل من جهة اشتراط التأخير إلى تلك المدّة ، وذلك لأنّ الرواية لم تتعرّض إلى قيد عدم قبض الجارية ، مع أنّ عدم قبض المبيع شرط في ثبوت خيار التأخير ، ومقتضى الرواية أنّه إذا لم يجئ بالثمن إلى شهر فللبائع الخيار سواء أقبض الجارية أم لم يقبضها ، ولأجله لا مانع من إرادة خيار الشرط ، كما لا مانع من حملها على استحباب الامهال إلى شهر كما صنعه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ، ولعلّ هذين الوجهين كانا مركوزين في أذهان الأصحاب وقد حملوها عليهما ، وهما وإن كانا بعيدين في نفسهما إلّا أنّ احتمالهما يمنع عن العلم باعراض الأصحاب عن الرواية فالاعراض غير معلوم .

وأمّا الثاني : فلأنّ إعراض المشهور عن رواية لا يوجب سقوطها عن الاعتبار بعد ما كانت في نفسها صحيحة ومعتبر السند ، فإنّها بعد فرض اعتبار رواتها لابدّ من العمل على طبقها ، وإعراضهم عنها لا يوجب رفع اليد عنها ، كما أنّ

عملهم على طبق رواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها كما قرّرناه في الأُصول[١] وفي مواضع من الفقه لبعض المناسبات ، وعليه فلا وجه لرفع اليد عن الرواية .

كما لا وجه لحملها على صورة الاشتراط أو الاستحباب لعدم ذكر الاشتراط فيها ، وظهورها في لزوم البيع إلى شهر وجوازه بعده ولا صلة لها بالاستحباب وبهذه الرواية نخصّص عموم ما دلّ على خيار التأخير بعد ثلاثة أيام ، وباطلاقها من حيث قبض الجارية وعدمه نلغي اشتراط قبضها في الامهال إلى شهر فنقول : إنّ الجارية استثنيت عن غيرها من أفراد المبيع ، والخيار فيها بعد شهر سواء قبضت الجارية أم لم تقبض .

القول في مبدأ الثلاثة في هذا الخيار

وهل مبدؤها بعد الافتراق كما هو ظاهر قوله « فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام »[٢] لأنّه ظاهر في أنّ الثلاثة بعد ذهابه وتفرّقه في مقابل المجيء ، أو أنّ مبدأها هو العقد كما يستظهر ذلك من رواية علي بن يقطين « الأجل بينهما ثلاثة أيام »[٣] والثاني هو الأظهر لتعارف هذا التعبير عند الناس حيث يكنّون بقولهم بينه وبين كذا عن الامهال وعدم مطالبته بالثمن ورفع يده عمّا يثبت له من حقّ المطالبة ، وهذا الحق إنّما يثبت من حين العقد ، وعدم مطالبته ورفع اليد عنه إلى ثلاثة أيام من زمان ثبوته هو المراد بالأخبار ، وعليه فمبدؤها حين العقد سواء حصل الافتراق أيضاً بعد العقد أم كان المجلس باقياً إلى ثلاثة أيام كما إذا كانا معاً محبوسين

---

(١) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٢٣٥ فما بعدها .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢١ / أبواب الخيار ب ٩ .

(٣) وهي الرواية السادسة من الباب التاسع من أبواب الخيار .

أو مسافرين إلى ثلاثة أيام .

في مسقطات هذا الخيار

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ هذا الخيار يسقط باسقاطه بعد ثلاثة أيام ، بلا خلاف فيه ولا إشكال بعد ما تقدّم أنّ هذا من الحقوق وليس من قبيل الجواز واللزوم الحكميين وله أن يرفع يده عن حقه وهو ظاهر .

وإنّما الكلام فيما إذا أسقطه في الثلاثة قبل انقضائها ، لأنّ الخيار بعدُ غير ثابت له حتى يسقطه فيكون من إسقاط ما لم يجب وهو أمر غير معقول ، لأنّ المعدوم كيف يسقط فإنّ السقوط فرع الثبوت .

وربما يجاب عن ذلك : بأنّ الخيار مسبّب عن العقد بمعنى أنّ العقد مقتضٍ للخيار ، وبعد ثبوت المقتضي له لا مانع من إسقاطه فيكون خارجاً عن إسقاط ما لم يجب .

وفيه : أنّ هذا عين الاشكال وهو مصادرة ، إذ المقتضي لا يترتّب عليه الخيار بمجرده فيكون إسقاطه حينئذ إسقاطاً لما لم يجب .

وعن شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) أنّ الاسقاط في الحقيقة يرجع إلى رفع يده عمّا ثبت له من حق المطالبة بالثمن بالعقد ، فإنّ التسليم والتسلّم ممّا يشترطها العقلاء في معاملاتهم ضمناً ، وهذا الحق يثبت له بعد العقد فلا مانع من إسقاطه حينذاك ، ولا يكون ذلك من إسقاط ما لم يجب لما عرفت من أنّ مرجع الاسقاط إلى رفع يده عن حقه الثابت له بالعقد .

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٣٣ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٨٦ .

والجواب عن ذلك لعلّه ظاهر ، فإنّ الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد وإمضائه ، وحق المطالبة بالمثمن أو الثمن أمر آخر لا ربط له بالخيار ، ومن هنا يمكنه رفع اليد عن حق مطالبته بالثمن ومع ذلك لا يسقط خياره ، كما له أن يسقط خياره ولا يرفع يده عن حق مطالبته بالثمن ، فهما أمران أحدهما غير الآخر فكيف يكون إسقاط أحدهما إسقاطاً للآخر .

وكيف كان فاسقاط هذا الخيار في الثلاثة مورد الإشكال .

وأشكل من ذلك ما إذا اشترط سقوطه في ضمن العقد(١) والوجه في أولويته للإشكال هو أنّ العقد والمقتضي عند إسقاطه في الثلاثة موجود ، وبهذا الاعتبار يمكن التخلّص عن محذور إسقاط ما لم يجب ، وهذا بخلاف صورة اشتراط السقوط في ضمن العقد لعدم تامية المقتضي له حينئذ فتكون هذه الصورة أولى لإيراد محذور إسقاط ما لم يجب ، هذه جهة .

وتزيد هذه الصورة عن صورة إسقاطه في الثلاثة بإيراد آخر ، وهو أنّ هذا الاشتراط أي اشتراط السقوط في ضمن العقد غير معلوم الجواز شرعاً ، فإنّ الاسقاط في الثلاثة بنفسه ومجرّداً عن الاشتراط إذا كان مورداً للاشكال وقلنا بعدم جوازه للمحذور المتقدّم فكيف يصح اشتراطه في العقد .

وبالجملة : أنّ في المقام إيرادين : **أحدهما** أنّ إنشاء السقوط فعلاً لما سيأتي في ظرفه إسقاط لما لم يجب ، وهو نظير إنشاء البيع فعلاً لما لم يشتره ، وإنشاء الطلاق لمن لم يتزوّج بها باعتبار كونها مطلقة في ظرف الطلاق وهو بعد الزوجية ، أو كون الشيء مبيعاً بعد شرائه ، واحتمال إمكان ذلك بإرادة شرط السقوط على نحو شرط النتيجة بأن يسقط هذا الخيار في ظرفه بعد العقد بلا حاجة إلى إنشاء الاسقاط

---

(١) [هذا هو المسقط الثاني] .

ونحوه ، مندفع بأنّه أمر غير مشروع ، فإنّ الحق كيف يسقط بلا سبب أو الطلاق كيف يحصل بنفسه في ظرفه فإنّها أُمور عيّن الشارع لها أسباباً ولا معنى لسقوطها بلا سبب .

وثانيهما : أنّ هذا الاشتراط لم يثبت جوازه لأنه في نفسه مورد للإشكال .

والصحيح في الجواب أن يقال في حلّ ذلك : ـ مضافاً إلى النقض بما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في خيار المجلس(١) وقد قوّى صحة اشتراطه السقوط في ضمن العقد وجواز إسقاطه ـ أنّ إسقاط ما لم يجب بمعنى انشاء الاسقاط فعلاً لما سيأتي في ظرفه من الخيار أو الطلاق أو البيع أمر ممكن عقلاً وليس فيه استحالة وامتناع ، إذ لا يراد به إسقاط الخيار فعلاً حتى يورد عليه بأنه معدوم وغير ثابت وما معنى إسقاط المعدوم ، بل هو إسقاط بالفعل لما سيثبت في ظرفه ومحلّه نظير الوصية لأنّها إنشاء للملكية فعلاً ونفس الملكية بعد الموت ، وإنّما لا نقول بجوازه أي بجواز إسقاط ما لم يجب لا لاستحالته بل لقيام الاجماع على بطلانه كما في الطلاق قبل الزواج والبيع قبل الشراء ، وإلّا فلا استحالة عقلية فيه .

بل مضافاً إلى قيام الاجماع على بطلانه أمر غير معهود عند العقلاء وليس متعارفاً بينهم ، إذ لم يسمع من أحد العقلاء جواز الطلاق قبل الزواج .

وأمّا في المقام فاسقاط الخيار في الثلاثة وإن كان إسقاطاً لما لم يجب إلّا أنه ليس كل ما يكون إسقاطاً لما لم يجب باطلاً ، بل إنّما يبطل في كل مورد قام فيه الاجماع على بطلانه ، ولا إجماع في المقام على بطلانه ، لأنّ المشهور ذهبوا إلى جواز الاسقاط في الثلاثة ، مضافاً إلى معهودية أمثال هذا من أفراد الاسقاط لما لم يجب فإنّ العقلاء يسقطون حقهم في العقد أو بعده ، وهذا ممّا لا ريب فيه وبه يرتفع

---

(١) المكاسب ٥ : ٥٤ ـ ٥٥ .

الاشكال عن اشتراط الاسقاط في ضمن العقد لجوازه ، فلا مانع من إسقاط هذا الخيار في الثلاثة كما لا مانع من اشتراط سقوطه في ضمن العقد ، اللهمّ إلّا أن يقوم إجماع على عدم جواز الاسقاط في الثلاثة ، إلّا أنه فرض غير واقع .

ومن جملة المسقطات : بذل المشتري الثمن بعد ثلاثة أيام(١) وقد ذهب العلّامة (قدّس سرّه)(٢) إلى أنه يسقط الخيار ، وربما تمسك بالاستصحاب في إثبات عدم السقوط بالبذل فإنّ الخيار كان ثابتاً قبل بذل الثمن فنشك في سقوطه به والأصل عدمه .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) في المقام أنّ المدرك في هذا الخيار هو التضرّر بتأخير ردّ الثمن والضرر ينتفي بالبذل بعد الثلاثة ، فلا ضرر حينئذ حتى يثبت الخيار أو يستصحب ، إذ المفروض أنّ موضوعه التضرّر وهو منتفٍ حال بذل الثمن .

وأمّا كونه متضرّراً قبل البذل فهو لا يوجب الخيار بعد ارتفاعه ، لأنّ الأحكام المترتّبة على الضرر تابعة للضرر وتدور مداره وجوداً وعدماً ، وحيث لا ضرر حين البذل فلا يثبت الخيار حينذاك لارتفاع علّته وموضوعه .

فالمتحصّل : أنّه لا وجه للاستصحاب في المقام ، نعم بناء على أنّ مدرك الخيار هو الأخبار لا مانع من جريان الاستصحاب .

ثم أفاد (قدّس سرّه) أنّ الأخبار أيضاً منصرفة إلى صورة تضرّر البائع بالفعل وأنها تثبت الخيار له فيما إذا كان متضرّراً ، وحيث إنّ البائع غير متضرّر حين بذل

---

(١) [هذا ثالث المسقطات] .

(٢) التذكرة ١١ : ٧٣ ـ ٧٤ .

(٣) المكاسب ٥ : ٢٣٤ .

الثمن فلا تشمله الأخبار ولا تدلّ على ثبوت الخيار في حالة عدم الضرر ، وبنى (قدّس سرّه) على أنّ البذل يسقط الخيار لانتفاء الضرر وانصراف الأخبار ، وقال : إنّ ما أفاده في التذكرة لا يخلو عن قوّة ، هذا .

أمّا ما أفاده من أنّ الأحكام المترتّبة على الضرر تتبعه وجوداً وعدماً وأنّ المدار على الضرر الشخصي الموجود بالفعل فهو في غاية المتانة ، لوضوح أنّ من يتضرّر بالغسل أو الوضوء من جهة برودة الهواء إنّما يصحّ له التيمّم ما دام متضرّراً وأمّا إذا طلعت الشمس وارتفعت البرودة والضرر فلا يصح له التيمّم بدعوى أنّ الغسل كان يضرّه قبل حرارة الهواء ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا ما ذهب إليه من أنّ البذل مسقط فهو ليس كما ينبغي ، وذلك لاطلاق الأخبار حيث إنّها دلّت على أنّ عدم المجيء بالثمن ما بين ثلاثة أيام سبب وموجب للخيار ، أعم من أن يجيء به بعد الثلاثة أم لم يجئ به ، إذ المفروض أنّ الموجب للخيار هو عدم المجيء الخاص وهو ما بين مبدأ الثلاثة ومنتهاها ، وإذا تحقّق يتحقّق الخيار جاء به بعدها أم لم يجئ ، وهذا الاطلاق ينفي سقوط الخيار بالبذل بعد ثلاثة أيام ، فعدم السقوط بالبذل قوي لا أنّ القوّة في السقوط وفيما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) .

ومنها[1]: أخذ الثمن من المشتري فيما إذا لم نقل بالسقوط بالبذل وإلّا فلا تنتهي النوبة إلى السقوط بالقبض والأخذ . وقد ذكروا أنه من جملة المسقطات ، لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ الخيار يقبل الاسقاط وهو أعم من أن يكون بالقول أو بالفعل ، فيكون أخذ البائع الثمن مسقطاً فعلياً للخيار ، وعليه فيكون الأخذ داخلاً في ضمن المسقط الأول وهو الاسقاط لأنه أعم من الفعلي والقولي ، ويكون المقام

---

(١) [وهو المسقط الرابع] .

مناسباً للتنبيه على أنّ الأخذ الذي هو من المسقط الفعلي هل يكون مسقطاً على نحو الاطلاق أو إنما يوجب الاسقاط فيما إذا أفاد العلم بأنّ أخذه لأجل الالتزام بالبيع وكونه بعنوان الثمنية لا لأجل العارية أو غيرها، أو يقال بكفاية الظن بأنّ الأخذ بعنوان الثمنية لا بعنوان العارية وغيرها.

وقد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] أنّ المدار على قصد المشتري في بذله الثمن لا على قصد البائع في أخذه، إذ لا يصح له أن يقصد بأخذه غير ما قصده المشتري.

ولا يخفى أنّه لا مانع من أن يأخذه البائع بقصد آخر غير ما قصده المشتري في بذله ولو كان غير شرعي، لأنّ خلاف الشرع أمر ممكن، أو يأخذه لأنه ماله بقصد أن يردّه إليه غداً ويفسخ المعاملة بعد الانتفاع من ماله في زمان.

وكيف كان فقد احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] في المسألة احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يكون الأخذ المفيد للعلم بالالتزام موجباً للسقوط.

والثاني: أن يكون الظن بذلك كافياً في السقوط بأن يكون الأخذ مفيداً للظن بالتزام البائع بالمعاملة.

والثالث: لا هذا ولا ذاك بل يدور السقوط مدار كون الأخذ ظاهراً في الالتزام ظهوراً نوعياً ومفيداً للظن النوعي بذلك وإن لم يكن في البين ظهور شخصي، ثم أفاد أنّ خير هذه الوجوه هو الوسط، والأقوى هو الأخير.

ولكنّي بعد التأمّل لم أفهم معنى قوله: خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى

---

(١) منية الطالب ٣: ١٨٨.

(٢) المكاسب ٥: ٢٣٥.

الأخير ، نعم لو لم يكن أحدهما متصلاً بالآخر لاحتملنا العدول ولكنّهما متصلان وكيف كان فالصحيح على ما ذكرناه في خيار الحيوان[١] بما لا مزيد عليه أنّ المدار في الاسقاط الفعلي ليس على الظن بالرضا والالتزام فإنّ الظن لم يثبت اعتباره في المقام ، وعليه فلا خير في الوسط والأمر يدور بين الأول والثالث .

ثم إنه لا قوّة في الأخير ، لأنّ الظهور النوعي إنما يتبع في باب دلالة الألفاظ ويؤخذ بما يكون اللفظ ظاهراً فيه نوعاً سيّما على ما ذكرناه من أنّ الوضع هو التعهّد بأنّ المتكلّم متى ما تلفّظ بذلك اللفظ يريد المعنى الفلاني ، وبحسب التزام المتكلّم بذلك إذا تكلّم باللفظ المذكور فيكون عند العقلاء والنوع ظاهراً في إرادة المعنى المخصوص ، وهذا ليس من أجل التعبّد بل لأجل التزام نفسه .

وأمّا في مقام الكشف عن رضا المتعاقدين مثلاً فلا اعتبار بالظهور النوعي أبداً ، وإنّما المدار على رضا نفسه وعدمه ، سواء كان اللفظ أو الفعل ظاهراً في رضاه والتزامه نوعاً أم لم يكن .

وأمّا ما ورد في خيار الحيوان من أنّ اللمس والتقبيل والنظر توجب سقوط خيار الحيوان مطلقاً أي سواء صدرت عن رضا منهما بالبيع أم صدرت غفلة أو عن غرض آخر ، فإنما هو لأجل النص[٢] والتعبّد ، ولذا قلنا بأنه يختص بالأفعال الثلاثة ولا يعم غيرها ممّا لم يذكر في الرواية ، مع أنه من البعيد جداً عدم تصرف المشتري في الجارية المبتاعة ثلاثة أيام بأدنى تصرف حتى بمثل قوله أغلقي الباب فمنه يظهر أنّه ليس كل تصرف مسقطاً للخيار بل المسقط هو الرضا الشخصي أو الأفعال المذكورة في الرواية .

---

(١) لاحظ المجلّد الثالث من هذا الكتاب الصفحة ١٧٣ مسقطات خيار الحيوان .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ .

وعليه فالمناط في المقام هو العلم الوجداني بأنّ أخذ البائع لأجل الالتزام وبعنوان الثمنية ، أو الاطمئنان لأنه حجّة عند العقلاء .

ثم لا يخفى أنّ غرضنا أنّ المسقط هو الأخذ فيما إذا كشف كشفاً قطعياً عن رضا البائع بالمعاملة وعدم فسخها وكونه ملتزماً بها أي مسقطاً لخياره حتى لا يفسخ البيع ، لا مجرد الأخذ بعنوان الثمنية فإنه لا مانع من أن يأخذه بعنوان الثمن والمعاملة ولا يقصد بذلك إسقاط خياره ، إذ الثمن ملكه وأخذ الملك لا يوجب إسقاط خياره ولعلّ غرضه الأخذ والتصرف فيه في ليلة أو ساعة ثم فسخ المعاملة بالخيار فلا تغفل .

ومنها[١]: مطالبة البائع المشتري بالثمن . ولا يخفى أنّها أعم من الالتزام الدائمي بالبيع ، ولعلّ الغرض امتحان المشتري وأنه يسمح ويأتي به بالمطالبة حتى لا يفسخ المعاملة أو أنه صعب ولا يأتي بالثمن بها حتى يفسخها ، وكيف كان فالمطالبة لا يسقط الخيار وإلّا للزم الالتزام بسقوط خيار المجلس فيما إذا طالب البائع المشتري بالثمن في المجلس مع أنّ الأمر ليس كذلك ، وهذا ظاهر .

القول في أنّ خيار التأخير فوري أو غير فوري

والكلام في ذلك تارةً يقع في الأصل العملي وأُخرى فيما تقتضيه الأدلّة الخاصة الواردة في المقام .

أمّا المقام الأول : فقد أسلفنا الكلام فيه في بحث خيار الغبن[٢] بما لا مزيد عليه ، وقلنا إنه لا يمكن التمسك باستصحاب الخيار بعد الآن المقطوع كون العقد

---

(١) [وهو المسقط الخامس] .

(٢) راجع المجلّد الثالث من هذا الكتاب ص ٤١٠ وما بعدها .

خيارياً فيه ، بل المقام من موارد التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] وعلى تقدير مناقشة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في غيرها من الأدلّة الدالّة على لزوم المعاملة كفاية كقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »[٢] وقوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٣] ومن الظاهر أنّ الفسخ ليس تجارة عن تراض ، فالمقدار المتيقّن من التخصيص والخيار هو الزمان الأول وأمّا في غيره فنتمسّك بعموم الأدلة المذكورة أو باطلاقها . وكيف كان فلا مجال لاستصحاب الخيار .

وأمّا المقام الثاني : فلا مانع فيه من التمسك باطلاق الأخبار الواردة في خيار التأخير حيث إنّها دلّت على أنّ البيع بعد ثلاثة أيام يكون خيارياً وجائزاً على نحو الاطلاق لا مقيّداً بزمان دون زمان ، بل مقتضاها الخيار إلى الأبد .

وإن منع شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٤] عن التمسك باطلاق الأخبار بدعوى أنّ ظاهرها بطلان البيع بعد ثلاثة أيام .

إلّا أنّي لم أفهم مراده فهماً صحيحاً ، والوجه في ذلك أنّ ظاهر الأخبار وإن كان عدم البيع له أو بينهما بعد ثلاثة أيام ، إلّا أنّا رفعنا اليد عنها بقرينة الاجماع على عدم بطلان المعاملة بعد ثلاثة أيام ، وبتلك القرينة أصبحت الروايات ظاهرة في نفي اللزوم بعد الثلاثة ، وحيث إنّ دلالتها على نفي لزوم المعاملة مطلقة وليست مقيّدة بزمان محدود فنتمسّك باطلاقها ، وبه يثبت أنّ البيع بعد الثلاثة خياري وجائز إلى

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

(٤) منية الطالب ٣ : ١٨٩ .

الأبد نظير الهبة الجائزة ، غاية الأمر أنّ الجواز فيها حكمي وفي المقام حقّي .

الكلام في أنّ تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

هل تلف المبيع بعد الثلاثة أو في أثنائها من البائع أو أنه من المشتري ؟

والكلام فيه ربما يقع في التلف بعد الثلاثة وأُخرى في التلف في الثلاثة ، ولابدّ من فرض الكلام في صورة عدم الاقباض لضرورة أنّ التلف بعد إقباض البائع المبيع من المشتري ، وإنما وقع الكلام فيما إذا تلف قبل قبض المشتري إيّاه .

أمّا إذا تلف بعد الثلاثة فالظاهر أنه لا خلاف بينهم بل ادّعي الاجماع على أنه من البائع ، ولم يخالف في ذلك إلّا الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)(١).

وعلى أي حال لا كلام عندهم في أنّ التلف بعد الثلاثة من البائع ، والمدرك في ذلك هو القاعدة المعروفة من أنّ « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »(٢) وهذه القاعدة لم ترد في روايات أصحابنا على ما اعترف به صاحب الحدائق (قدّس سرّه)(٣) وهو ممّن يقبل دعواه في أمثال المقام ، وإنّما وردت في بعض روايات العامّة ، إلّا أنّهم اعتمدوا عليها بدعوى انجبارها بعمل المشهور على طبقها وعمل المشهور على طبق الخبر يوجب الانجبار ، هذا .

وفيه : مضافاً إلى عدم تمامية الكبرى عندنا لما مرّ غير مرّة من أنّ عمل المشهور على طبق رواية ضعيفة لا يمكن أن يكون جابراً لضعفها أبداً ، تتوجّه عليه مناقشة صغروية : وذلك لعدم إحراز عمل المشهور على طبق الرواية ، نعم إنّهم أفتوا

---

(١) [لم نعثر عليه] .

(٢) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب ٩ ح ١ .

(٣) الحدائق ١٩ : ٤٩ .

بما يطابق مضمون الرواية وأمّا أنّهم اعتمدوا في إفتائهم عليها فهو غير معلوم ، لأنّ قدماء الأصحاب ليس لهم كتاب استدلالي حتّى يتّضح أنّهم استندوا إلى أي شيء .

وأمّا المتأخّرون فهم أيضاً لم يعتمدوا عليها في كتبهم ، إذ لو كانوا استندوا إليها لذكروها في استدلالاتهم وقد عرفت أنّهم لم يتعرّضوا إليها في استدلالاتهم ولا في كتبهم .

وأمّا رواية عقبة بن خالد « في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، قال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المال ويخرجه من بيته » الحديث(١) فالظاهر أنّها غير نقيّة السند اعتماداً على تعبير صاحب الحدائق(٢) عنها بقوله : ورواية عقبة بن خالد ، حيث لم يصفها بالمعتبرة كما هو دأبه في الأخبار الدائرة بين الحسنة والموثّقة . مضافاً إلى ما ببالي من أنّ الرواية ضعيفة فلا يمكن أن تكون مدركاً للقاعدة المتقدّمة .

كما لا يمكن دعوى جبرها بعمل الأصحاب على طبقها ، وذلك لعدم اعتماد الأصحاب عليها وإلّا لأفتوا بمضامينها مع أنّهم غير ملتزمين بمضمون الرواية أبداً فإنّ مقتضى هذه الرواية أنّ تلف المبيع على بائعه حتّى يخرجه من بيته ويقبضه من المشتري مع أنّ المشهور صرّحوا بأنّ الاخراج من البيت غير معتبر ، بل يكفي في انتقال الضمان إلى المشتري مجرّد قبضه ، بل مجرّد الاخلاء بينه وبين المشتري يكفي في انتقال الضمان إلى المشتري عند المشهور فكيف باخراجه من بيته ، فمنه يظهر أنّهم غير عاملين على طبقها ، فتبقى الرواية ضعيفة ولا يصح الاعتماد عليها في الاستدلال

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب ١٠ ح ١ .

(٢) الحدائق ١٩ : ٤٩ .

على القاعدة المتقدّمة .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ تلك القاعدة لا تحتاج إثباتها إلى دليل ، لأنّها أمر ارتكازي عند العقلاء ، فإنّ العقلاء يرون التسليم والتسلّم من متمّمات المعاملة بحيث لو لم يتحقّق التسليم والتسلّم في معاملة يرونها باطلة ، وليست المعاملة عندهم مجرّد التعاقد واعتبار الملكية ، بل يرونها إعطاءً وأخذاً ، ومن هنا عبّروا عنها في الفارسية بـ(داد وستد) ونعم ما عبّروا وقال شاعرهم (از داد وستد جهان شد آباد) فالاقباض والقبض مشروطان في كل معاملة اشتراطاً ضمنياً ارتكازياً ومن هنا إذا باع أحد عباءة من أحد ولم يقبضها واستمهله المشتري في ردّ الثمن إلى وقت كذا ، فإذا جاء بالثمن ورأى العباءة مسروقة وأخذه البائع بمطالبة الثمن عدّ هذا من الأُمور المضحكة عند العقلاء والسوق ، وحيث إنّ اشتراط الاقباض والقبض من المرتكزات عند العقلاء فلا نحتاج في اشتراطهما إلى دليل ، ومجرد عدم الردع عنه كافٍ في اشتراطهما ، ولم يثبت عنه ردع في الشريعة المقدّسة ، وبهذا الارتكاز نثبت قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » ومقتضاها في المقام أنّ التلف بعد الثلاثة من البائع .

والذي يمكن أن تعارض به القاعدة ويكون رادعاً عنها أمران :

أحدهما : قاعدة « إنّ ضمان الشيء ودركه بازاء منافعه » فمن يرجع إليه منافع الشيء يكون دركه وخسارته عليه ، وهي أيضاً قاعدة ارتكازية عند العقلاء لوضوح أنّ من صار مالكاً لشيء وملك منافعه فخسارته أيضاً تحسب عليه ولا يمكن أن يطالب به شخص آخر ، وهذا أيضاً من الأُمور المرتكزة عند العقلاء فكون المنافع لشخص يقتضي أن يكون درك ذلك الشيء وضمانه أيضاً عليه .

وبعبارة أُخرى : أنّ طبع كون الشخص مالكاً للمنافع هو ذلك ، وهذا مقتضٍ لكون ضمانه عليه ما لم يمنع عنه مانع كما سنشير إليه ان شاء الله تعالى ، وقد أُشير إلى

تلك القاعدة الارتكازية في بعض روايات خيار الحيوان بقوله « أرأيت إن كان له نفع لمن يكون ؟ فقال للمشتري ، فقال : فضمانه أيضاً عليه » فليراجع[1] ومقتضى هذه القاعدة أن يكون ضمانه على المشتري لأنّ منافعه له .

إلّا أنّ هذه القاعدة الارتكازية لا تنافي القاعدة الارتكازية الاُولى ، وذلك لأنّ القاعدة الاُولى واردة في مورد القاعدة الثانية ، بمعنى أنّا إذا فرضنا كون شيء ومنافعه ملكاً لشخص فطبع هذا واقتضائه وإن كان هو أنّ ضمانه عليه وكون دركه عليه في حد نفسه ، إلّا أنّه إذا كان عند بائعه ولم يخل البائع بينه وبين مالكه وهو المشتري ، ولو كان عدم تخليته مستنداً إلى حقّه أي حق البائع ، يكون تلفه من بائعه مع كون منافعه للمشتري لأنه ملكه ، كما نلتزم بمثله في الغصب فإنّ الغاصب أيضاً يضمن المال مع أنّ منافعه لمالكه ، فكون المال ملكاً لشخص وكون منافعه راجعة إليه مقتضٍ لتوجّه دركه عليه ، وهو لا ينافي عدم توجّه الضمان إليه لمانع من الموانع كالغصب أو عدم الاقباض ولو عن حق ، وحيث إنّ القاعدة الثانية وردت في مورد القاعدة الاُولى (وهو ما كان المال ملك شخص وكانت منافعه راجعة إليه) فلا محالة تخصّصها وتتقدّم عليها ، فنلتزم بأنّ الضمان والدرك في مقابل المنافع إلّا فيما إذا لم يقبضه البائع فإنّ الدرك حينئذ على غير من له المنافع وهو البائع .

وثانيهما : قاعدة « أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له » وهذه القاعدة لم يرد عليها رواية أبداً ولو ضعيفة ، وإنّما هي كلام صدر من الفقهاء ، وإنّما نلتزم بها في بعض الموارد لأجل دلالة الدليل وهي خيار المجلس والحيوان والشرط ، ففي الشرط والحيوان منصوص وخيار المجلس ملحق بهما ، ولا نعمل بها إلّا في هذه

---

(١) [الظاهر أنّه من سهو القلم فإنّ تلك الروايات وردت في بيع الخيار ومفادها أنّ من عليه الدرك تكون المنافع له فراجع الوسائل ١٨ : ١٩ / أبواب الخيار ب٨ ح١ و٣].

الثلاثة بعد كون المالك ذا خيار ونثبت بها الضمان على غير المالك الذي لا خيار له فلو عملنا بها في المقام للزم الحكم بضمان المشتري لأنّه الذي لا خيار له مع أنه مالك ولكن موردها فيما قام عليها الدليل إنما هو بعد قبض المبيع ، فتكون هذه القاعدة مخصصة لعموم كون ضمان كل ملك على مالكه وتوجب ضمانه على غير مالكه .

مثلاً إذا كان المبيع حيواناً وقد قبضه المشتري ولكنه تلف في الثلاثة فمقتضى القاعدة الأُولى هو أن يكون ضمانه على المشتري ، لأنّه مالكه وقد قبضه وبه انتقل ضمانه إلى المشتري ولكن هذه القاعدة تقتضي أن يكون ضمانه على البائع لأنه ممّن لا خيار له في الثلاثة ، وعليه فلا تكون هذه القاعدة الأخيرة منافية للقاعدة الأُولى لأنّ موردها بعد القبض ، ومورد القاعدة الأُولى قبل القبض لما تقدّم من أنّها مخصصة لقاعدة كون ضمان كل ملك على مالكه بالمعنى المتقدّم .

وبالجملة : لم يثبت لهذه القاعدة إطلاق حتى نتمسك به في المقام وقبل القبض ، لما عرفت من عدم ورودها في شيء من الأخبار ، وعليه فلا مانع من القاعدة الأُولى في المقام وإثبات أنّ تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع لقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » هذا كلّه فيما إذا تلف المبيع بعد الثلاثة وتلخّص أنّ الضمان حينئذ على البائع بقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » وعرفت أنّ شيئاً من القاعدتين الأخيرتين لا تنافي تلك القاعدة .

وأمّا إذا تلف في أثناء الثلاثة فالمشهور ذهبوا إلى أنّ التلف حينئذ من البائع أيضاً ، واستندوا في ذلك إلى قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » لعدم اختصاصها بما إذا تلف بعد الثلاثة ، وهو ظاهر .

وخالف في ذلك جملة من المتقدّمين منهم المفيد[1] والسيّد المرتضى[2]

---

(١) المقنعة : ٥٩٢ .

(٢) الانتصار : ٤٣٧ .

وابن زهرة[١] حيث ذهبوا إلى أنّ تلفه في أثناء الثلاثة من المشتري .

وهذا ممّا لم يظهر لنا وجهه ، بل ينبغي عدّه من غرائب كلام المفيد والسيدين وذلك لأنّهم ملتزمون بضمان البائع له فيما إذا تلف بعد الثلاثة كما هو مقتضى كون المسألة إجماعية ، ولم يلتزموا فيها بضمان المشتري مع أنّ البائع على الخيار بعد الثلاثة .

ويمكن أن يتمسك حينئذ بقاعدة « أنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له » وهو المشتري بعد الثلاثة ، ولم يلتزموا به لتقديم قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » والتزموا به فيما إذا تلف في الثلاثة ، مع أنّ البيع هناك لازم ولا خيار للبائع حتّى يقال إنّ المشتري لا خيار له فالتلف ممّن ليس له خيار ، ولا قبض المال حتى يقال إنّ ضمان المبيع بعد قبضه من المشتري ، فلم يظهر أنّهم لماذا ذهبوا إلى ضمان المشتري مع أنّ قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » يقتضي ضمان البائع ، فما ذكروه لا ينطبق على شيء من الموازين العلمية كما عرفت .

نعم ، لو لم يلتزموا بضمان البائع عند التلف بعد الثلاثة أمكن أن يقال إنّهم تمسّكوا بقاعدة « أنّ ضمان كل ملك على مالكه » ولم يعتنوا بقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » .

ولكنّك عرفت أنّ ضمان البائع في التلف بعد الثلاثة إجماعي ، والمتقدّمون ملتزمون بضمان البائع حينذاك ، ولا وجه له إلّا تقديم تلك القاعدة على قاعدة ضمان كل ملك على مالكه ، ومقتضاها أن يلتزموا بضمان البائع عند التلف في الثلاثة أيضاً لأنه تلف قبل قبضه .

---

(١) الغنية : ٢١٩ ـ ٢٢٠ .

وبالجملة : نستبعد هذا الكلام من هؤلاء الأكابر وننكر النسبة ، ولعلّها من جهة الخطأ في النقل ، فالمتحصّل أنّ تلف المبيع في أثناء الثلاثة أو بعدها من البائع .

بقي الكلام فيما حكي عن شيخنا الطوسي (قدّس سرّه)(١) في المقام

حيث إنّ جماعة ومنهم العلّامة في المختلف(٢) نقلوا عن شيخنا الطوسي (قدّس سرّه) كلاماً وهو أنه إذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع فإنّ العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع في مدّة ثلاثة أيام كان المبيع له وإن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع ، هذا كلّه ظاهر . ثم قال : وإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبّضه إيّاه كان من مال البائع (لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، وهذا ظاهر) دون المبتاع ، وإن كان قبّضه إيّاه ثم هلك في مدّة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع (لأنّ ضمان المبيع بعد قبضه من مال مالكه وهو المشتري) وإن هلك بعد ثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال انتهى .

وظاهر قوله على كل حال بعد تقسيمه المسألة إلى ما بعد القبض وإلى ما قبل القبض ، إرادة العموم من جهة القبض بمعنى أنّ تلفه بعد الثلاثة من البائع سواء أقبضه من المشتري أم لم يقبضه ، بل كلامه نصّ صريح في ذلك ، ثم علّل تعميمه بأنّ الخيار له أي للبائع بعد الثلاثة .

وأورد عليه العلّامة (قدّس سرّه) بعد نقله بقوله : وفيه نظر ، إذ مع القبض يلزم

(١) النهاية : ٣٨٥ ـ ٣٨٦ .

(٢) المختلف ٥ : ٩٩ ـ ١٠٠ .

البيع .

وذكر صاحب الحدائق[١] أنّ تعميم الحكم بالضمان إلى كلتا صورتي القبض وعدمه خلاف الاجماع ، لأنّه على تقدير القبض ملك للمشتري وهو ضامنه ولأجل ذلك حمل كلامه على صورة عدم القبض .

وأيّده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] معلّلاً بأنّ التعميم لصورة القبض وعدمه لا يناسب تعليله (قدّس سرّه) بأنّ الخيار للبائع بعد الثلاثة ، لأنّ الخيار إنّما يكون للبائع في صورة عدم القبض لا مع قبض المشتري ، فيحمل كلامه على صورة عدم القبض ، هذا .

وفيما أورده العلّامة عن الشيخ وما ارتكبه صاحب الحدائق وصنعه شيخنا الأنصاري تأمّل ونظر ، وذلك لأنّ كلام الشيخ (قدّس سرّه) لا يصح بحمله على صورة عدم القبض ، لأنّا لو فرضنا أنّه صرّح بذلك وقال إنّ ضمان المبيع على البائع فيما إذا لم يقبضه ، لأنّ البائع له الخيار بعد الثلاثة أيضاً لا يصح كلامه ، لأنّ كون البائع له الخيار يقتضي عدم ضمانه ، إذ الضمان ممّن لا خيار له لا ممّن له الخيار فكيف يكون علّة لضمانه ، فلا يلتئم كلامه (قدّس سرّه) وحكمه بضمان البائع ، لأنه له الخيار إذ الخيار لا يكون علّة للضمان ، فلا فائدة في حمل كلامه (قدّس سرّه) على صورة عدم القبض ، فكأنّ صاحب الحدائق وشيخنا الأنصاري قدّس سرّهما) غفلوا عن عدم التئام كلماته حتى على تقدير حمل كلامه على صورة عدم القبض .

فالذي أحتمله في المقام تصحيحاً لكلام الشيخ (قدّس سرّه) أن يقال : إنّ نسخة البائع اشتباه بل هو كلمة المبتاع ، لأنّه كثيراً يطلق البائع والمبتاع في كتابه واشتبه

(١) الحدائق ١٩ : ٥٠ ـ ٥١ .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٤٠ .

بالبائع ، وعليه فيصح كلامه ويقال بأنّ المبيع إذا تلف بعد الثلاثة فضمان المال على المبتاع أي المشتري ، على كل حال قبضه أم لم يقبضه .

أمّا إذا لم يقبضه فلأنّ البائع حينئذ له الخيار ، وقاعدة « تلف المبيع ممّن لا خيار له » متقدّمة على قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » .

وأمّا إذا قبضه فأيضاً للبائع الخيار ، لأنّ القبض المسقط للخيار إنّما هو فيما إذا كان في الثلاثة لا بعدها ، فالقبض بعد الثلاثة لا أثر له ولا يسقط به خيار البائع ومقتضى قاعدة « أنّ التلف ممّن لا خيار له » أنّ الضمان على المشتري لأنه ممّن لا خيار له .

أو يقال : إنّ الوجه في ضمان المشتري في صورة قبضه المال هو أنّ المال ملكه وقد قبضه ، وضمان كل مال على مالكه بعد قبضه ، وأمّا إذا لم يقبضه فالوجه في ضمانه أنه ممّن لا خيار له ، والقاعدة تقتضي أن يكون الضمان ممّن لا خيار له ، فبما أنّ البائع قبل الاقباض على خيار ولا خيار للمشتري فيحكم بضمانه على كل حال وهذه القاعدة مقدّمة على قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » وهذا الحمل أولى من الأول وأنسب ، وعليه يتم كلام الشيخ ويرتبط جملاته وتعليله ، ويندفع به ما أورده العلّامة عليه من أنّ البيع بعد القبض لازم ، لما عرفت من إمكان أن يقال إنّ القبض المسقط للخيار هو القبض في الثلاثة لا القبض بعدها فلا يحتاج في تصحيحه إلى أمر آخر .

نعم تقديم قاعدة « أنّ التلف ممّن لا خيار له » على قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه » الخ خالٍ عن الوجه ، إلّا أنّ صحة ما أفاده وسقمه مطلب آخر ، والغرض تصحيح كلامه حسب الموازين العلمية ، وأمّا صحّته فهي أمر آخر .

بقي أمر وهو أنه هل يرتفع الضمان بالتخلية بين المال والمشتري ، أو يتوقف

ارتفاع ضمان البائع على القبض الخارجي ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ البائع إذا مكّن المشتري من القبض ولم يقبضه المشتري وتركه عند البائع فعدم ضمان البائع مبني على ارتفاع الضمان بالتخلية .

وغرضه (قدّس سرّه) ليس هو تعليل عدم الشيء بعدم نفسه ، وأنه لا ضمان على تقدير ارتفاع الضمان ، بل مراده أنّ ارتفاع الضمان عن البائع بالتخلية مبني على أن يكون المراد بالقبض في قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » مجرد التخلية ، وأمّا إذا كان القبض في القاعدة بمعنى القبض الخارجي فلا يكفي في ارتفاع ضمان البائع بالتخلية وهو ظاهر .

قلت : إن كان المستند في تلك القاعدة هو الخبر النبوي[٢] ورواية عقبة بن خالد[٣] فالظاهر عدم كفاية التخلية ، لأنّ المصرّح به في الروايتين هو القبض والاخراج من البيت ، وشيء منهما لا يصدق على مجرد التخلية ، وإن كان مدركها هو ما ذكرناه من أنّها أمر ارتكازي عند العقلاء فالتخلية كافية في ارتفاع الضمان عند العقلاء ، وذلك لبداهة أنّ العقلاء الذين يشترطون التسليم والتسلّم في المعاملات ضمناً يكتفون بمجرد تخلية البائع بين المال والمشتري ، وأمّا إقباضه يداً بيد فهو غير معتبر عندهم ، فلذا إذا اشترى عباءة ومكّنه البائع من أخذها ولكنّه لم يقبضها وتركها عند البائع ثم رجع ورأى الدكّان قد احترق أو أنّ العباءة سرقت لم يكن له مطالبة البائع بماله عند العقلاء ، وكذا الحال في مثل الغرس والقرية فإنّ القبض الخارجي فيهما غير ممكن والتخلية فيهما كافية في الاقباض .

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٤٠ .

(٢) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب ٩ ح ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب ١٠ ح ١ .

القول في خيار التأخير فيما يفسد من يومه

عدّوا من جملة الخيارات خيار التأخير بالثمن فيما يفسد من يومه ، واعتمدوا في ذلك على رواية محمد بن أبي حمزة « في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتّى يأتيه بالثمن ؟ قال : إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلّا فلا بيع له »(١) إلّا أنّها مرسلة ، وفي انجبارها بعمل الأصحاب ما تقدّم من أنّ عمل الأصحاب لا يكون جابراً لضعف الرواية ، نعم المناقشة الصغروية لا تجري في المقام لانحصار المدرك في هذه الرواية وعملهم على طبقها قطعاً ، فالرواية بحسب السند غير تامّة .

وأمّا من حيث الدلالة فسنتكلّم فيها إن شاء الله تعالى ، هذا .

وقد روى في الوسائل رواية اُخرى في ذلك عن الصدوق باسناده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة أو عمّن رواه عن أبي عبدالله « قال : العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل »(٢). والصدوق قد نقل هذه الرواية في كتاب من لا يحضره الفقيه في ضمن ما رواه في خيار الحيوان باسناده عن ابن فضال عن الحسن بن رباط عن زرارة أو عمّن رواه عن أبي عبدالله « قال : إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع ، ومن اشترى جارية وقال للبائع أجيؤك بالثمن فإن جاء ما بينه وبين شهر وإلّا فلا بيع له والعهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل »(٣).

(١) الوسائل ١٨ : ٢٤ / أبواب الخيار ب ١١ ح ١ .

(٢) المصدر السابق الحديث ٢ .

(٣) الفقيه ٣ : ١٢٧ / ٥٥٥ .

ونقل هذه الرواية في التهذيب[١] بهذا الاسناد أي عن ابن فضال عن الحسن بن رباط عن زرارة إلى قوله فهو من مال البائع ، وليس فيها ومن اشترى الخ .

واستظهر في الوسائل[٢] أنّ الاضافة في رواية الصدوق من كلام الإمام (عليه السلام) وأنّ ما في ذيلها أي بعد جملة من مال البائع من الرواية ، ولذا عدّها رواية وأسندها إلى الصدوق .

ولكن الفقهاء كما في الحدائق[٣] ذكروا أنّ الرواية تنتهي إلى قوله « فهو من مال البائع » والاضافة من كلام الصدوق ، وهي مضمون روايتي علي بن يقطين الواردة في الجارية ومحمد بن أبي حمزة الواردة في المقام فيما يفسد من يومه ، وجمعها الصدوق في رواية واحدة كما هو دأبه ، إذ لم يرد في الجارية رواية أُخرى غير رواية علي بن يقطين كما لم يرد فيما يفسد من يومه إلّا مرسلة ابن أبي حمزة .

مضافاً إلى أنّ الشيخ (قدّس سرّه) نقل في التهذيب ما رواه في الفقيه بذلك الاسناد بلا إضافة حكم الجارية وما يفسد من يومه ، وبالجملة أنّهم يرون رواية الفقيه ظاهرة فيما ذكروه من كون الاضافة من الصدوق وأنّها مضمون الروايتين المتقدّمتين ، وعليه فلا تكون ما أسنده إلى الصدوق في الوسائل رواية أُخرى بل هي تلك المرسلة المروية عن ابن أبي حمزة ، وحيث إنّها مرسلة وعمل الأصحاب

---

(١) التهذيب ٧ : ٦٧ / ٢٨٨ [عن الحسين بن سعيد عن ابن فضال ... وفيه : عمّن رواه بدل زرارة] .

(٢) حيث نقل الذيل كرواية ، راجع الوسائل ١٨ : ٢٣ ، ٢٥ / أبواب الخيار ب ٩ ح ٦ ب ١١ ح ٢ .

(٣) الحدائق ١٩ : ٥٣ .

غير جابر لضعفها فلا يمكننا الاعتماد عليها كما تقدّم ، هذا كلّه .

على أنّا لو سلّمنا أنّ ما رواه الصدوق رواية أُخرى غير رواية ابن أبي حمزة المرسلة فلا يمكننا الاعتماد عليها ، لأنّها أيضاً مرسلة حيث إنّ المذكور في سند الرواية المذكورة في الفقيه هو عمّن رواه عن أبي عبدالله لا عن زرارة ، وقد وقع الاشتباه من صاحب الوسائل أو من المستنسخ في المقام حيث اشتبه عمّن رواه بعن زرارة لقرب أحدهما من الآخر ، مع أنّ المذكور في السند ليس إلّا عمّن رواه فالرواية مرسلة وحمل الاشتباه على اشتباه المستنسخ أقرب ، وكيف كان فلا يمكن الاعتماد عليها لإرسالها ، هذا كلّه من حيث السند .

وأمّا من حيث الدلالة ، فلا دلالة في رواية الصدوق على الخيار ، فإنّ المراد بالعهدة المذكورة فيها غير ظاهر ، ولا قرينة على إرادة اللزوم منها بأن يكون معنى الرواية البيع لازم إلى الليل وبعده يصير البيع جائزاً خيارياً ، ولماذا لا تحمل على الضمان الذي يطلق عليه العهدة كثيراً ويقال إنّه متعهّد أي ضامن وعليك عهدته أي ضمانه ، فيكون المعنى حينئذ أنّ ضمان المبيع على البائع إنّما هو إلى الليل وأمّا بعده فتلفه من المشتري وضمانه عليه لا على البائع ، وأنّ قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » لا تجري فيما يفسد من يومه إلّا إلى الليل دون ما بعده .

وأمّا مرسلة ابن أبي حمزة فهي أيضاً لا تفيد المراد ، فإنّ ظاهرها أنّ الخيار إنّما هو من أوّل الليل لا قبله ، مع أنه من اللغو الظاهر فإنّ المفروض أنّ المبيع يفسد من يومه ففي الليل يشرع في الفساد وبعد ما صار فاسداً فأيّ فائدة في كون البائع متمكّناً من الفسخ ، فإنّ الظاهر أنّ حكمة جعل هذا الخيار هي عدم تضرّر البائع من جهة فساد المبيع ، فإذا شرع المبيع في الفساد وتضرّر البائع بذلك فلا فائدة في جعل الخيار له ، وأمّا ما يستفاد من ظاهر كلمات جماعة من الأصحاب من أنّ الخيار يثبت للبائع من النهار فهو ممّا لا تدلّ عليه الرواية .

وبالجملة : إن قلنا بما هو ظاهر الرواية من جعل الخيار للبائع من الليل فهو أمر لا ثمرة له ، وإن قلنا بما هو ظاهر بعض الأصحاب من ثبوت الخيار للبائع من النهار فهو ممّا لا تدلّ عليه الرواية ، ومن هنا عبّر الشهيد (قدّس سرّه)(١) عن هذا الخيار بخيار التأخير فيما يفسده المبيت ، لحمل اليوم على اليوم وليلته الآتية كما ربما يطلق ويراد منه ذلك أعني أربعة وعشرين ساعة ، وبهذا يرتفع المحذور ، فإن جعل الخيار للبائع من الليل فيما لم يفسده النهار وإنّما يفسده المبيت ممّا لا لغوية فيه ، وثمرته تمكّن البائع من فسخ المعاملة قبل فساد المبيع ، وما أفاده الشهيد (قدّس سرّه) لا بأس به وهو لسان الفقهاء ، ويرتفع به الاشكال في دلالة الرواية ، وتنحصر المناقشة فيها بالسند ، فعلى القول بالانجبار بعمل الأصحاب نتمسك بها ، وأمّا على القول بعدم الانجبار بعمل الأصحاب فلا يمكن الاعتماد عليها في إثبات الخيار ، هذا .

وربما يستدل على هذا الخيار بحديث نفي الضرر كما استدل به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من جهة أنّ ضمان البائع للمبيع وكونه ممنوعاً عن التصرف فيه وصبره عن الثمن ضرر عليه ، فيرتفع لزوم المعاملة بالحديث حتى لا يتضرّر به البائع ، هذا .

وقد تقدّم الكلام في الاستدلال بحديث نفي الضرر في خيار التأخير(٢) وقد عرفت عدم إمكان الاستدلال به عليه ، لأنّ الضرر لم ينشأ عن لزوم المعاملة حتى يرتفع بالحديث ، والحديث لا يرفع إلّا ما جاء من قبله الضرر وهو ضمان البائع للمال من جهة قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه » الخ ، فيرتفع بالحديث ونحكم بعدم ضمانه ، وكذا نحكم بجواز مطالبته بالثمن حتى لا يتضرّر ، وأمّا إذا لم يتمكّن من

---

(١) الدروس ٣ : ٢٧٤ .

(٢) في الصفحة ٣ .

تحصيل الثمن بالمطالبة فهو لا يصير موجباً لارتفاع لزوم المعاملة، وهذا نظير ما إذا اشترى متاعاً وقبضه وتركه عند البائع وسافر ولم يتمكّن البائع من تحصيل الثمن فإنّ هذا لا يوجب الخيار للبائع. وأمّا الضمان فقد عرفت ارتفاعه أيضاً بالحديث ولكن هذا كلّه لا يجعل البيع خيارياً، هذا كلّه.

مضافاً إلى أنّ النسبة بين الضرر وما أفتى به الأصحاب عموم من وجه، فربما يكون الضرر متحققاً مع أنهم لا يقولون فيه بالخيار كما إذا كان المبيع ممّا يفسد من نصف يومه أو من ساعته، فإنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وإن عمّمه إلى هذه الصورة أيضاً إلّا أنّ الأصحاب لا يلتزمون بالخيار في غير ما يفسد من يومه وأُخرى لا يكون هناك ضرر ولكنّهم يلتزمون بالخيار وهذا كما إذا عرض عليه الفساد من وسط الليل لا من ابتدائه مع أنّهم ملتزمون بالخيار من ابتداء الليل وحيث إنّ النسبة بين الضرر وما أفتوا به عموم من وجه فلا يمكن أن يكون مدركهم هو الضرر.

هذا كلّه فيما إذا كان هناك مقتضٍ للضمان بأن تمّت دلالة رواية عقبة بن خالد على أنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، ولكنّك عرفت أنه لم يدلّ على ضمان البائع لتلف المبيع قبل قبضه دليل وإنما مدركه الارتكاز حيث إنّ العقلاء يرون ضمان المبيع على البائع قبل إقباضه لأنّهم يشترطون التسليم والتسلّم في المعاملات اشتراطاً ضمنياً ارتكازياً[1] ولكن لا ارتكاز على الضمان من العقلاء في المقام

---

(١) بمعنى أنّ المعاملة عندهم هي الأخذ والاعطاء لا مجرد اعتبار الملكية وهي التي يعبّر عنها بالفارسية بـ (داد وستد) فيشترطون الاعطاء والأخذ والتسليم والتسلّم في معاملاتهم حسب الارتكاز، ويرون البائع ضامناً للمبيع إلى أن يعطيه ويسلّمه إلى ⇐

وليس بناء العقلاء على ضمان البائع لما يفسد من يومه فيما إذا لم يأت المشتري بالثمن في اليوم ، بل الارتكاز في أمثال ذلك على عدم الضمان ويرون البائع غير ضامن لما يفسد من يومه ، ومن هنا يمكننا التعدّي عمّا يفسد من يومه إلى كل مورد لم يثبت فيه ضمان البائع حسب ارتكاز العقلاء وهذا كما فيما يفسد من ساعته كالثلج في الهواء الحارّ فإنّه إذا اشترى الثلج وتركه عند البائع ومضى ولم يأت بالثمن حتّى ذاب الثلج بل وتلف بكنهه حتّى عرضت الحرارة على ماء الثلج بحيث لم يتمكّن الانتفاع منه بوجه حتى من مائه ليس له مطالبة البائع بالمبيع عند العقلاء ، لأنّهم لا يرونه ضامناً حينذاك .

فالمتحصّل في المقام ممّا يفسد من يومه أو ساعته أنّ غاية ما يمكننا أن نقول إنّ البائع لا يضمن المبيع لاستناد تلفه إلى نفس المشتري حيث لم يأت بالثمن ليأخذ المبيع ولا قاعدة ارتكازية في مثله على الضمان ، فهل يمكننا إثبات الخيار للبائع أيضاً أو لا ، فإن تمّت سيرة العقلاء وارتكازهم على خيار البائع في هذه الموارد سيّما فيما إذا كان المشتري ممّن لا يؤمن بمجيئه بالثمن وكان في معرض التلف كما في بلادنا وأمثاله حيث يدخله الغرباء والزوّار فلعلّه اشتراه فسافر أو سيسافر فلا يطمأن

⇐ المشتري ، فلو تلف قبل تسليمه فإنّهم يرون البيع باطلاً وكونه تالفاً من مالكه وهو البائع إلّا أنّ هذا كلّه فيما إذا لم يستند تلف المبيع وعدم قبضه إلى المشتري وعدم مجيئه بالثمن ليأخذ المبيع بلا منع من البائع عنه بل هو خلّى بينه وبين المشتري وقال جئني بالثمن واقبض المثمن ، وإنّما لم يقبضه المشتري ولم يأت بثمنه إلى أن ذاب الجمد أو تلف المبيع ، فإنّ العقلاء لا يرون تلف المبيع حينئذ من البائع بل يرونه من المشتري لأنّه ملكه قد أتلفه بعدم مجيئه بثمنه ، ومن هنا نتعدّى عمّا يفسد من يومه إلى كل مورد يستند التلف فيه إلى المشتري كما فيما يفسد من ساعته أو ساعتيه .

بمجيئه بالثمن بأن يثبت سيرتهم على خيار البائع حينذاك وتمكّنه من فسخ المعاملة قبل أن يشرع في الفساد حتى لا يتضرّر بفساده كما هو ليس ببعيد فيما إذا كان المشتري ممّن لا يوثق برجوعه وإتيانه بالثمن فهو، وإلّا فإن لم يحرز جريان سيرتهم على خيار البائع فلا يمكننا إثبات الخيار لعدم تمامية شيء من الروايات وقاعدة نفي الضرر في المقام، هذا.

إلّا أنّه يمكن إثبات الخيار في المقام بطريق آخر ومرجعه إلى سيرة العقلاء وارتكازهم إلّا أنه ببيان آخر وتقريبه أن يقال: إنّ المعاملة عند العقلاء قد اشترطت بالاعطاء والأخذ والتسليم والتسلّم حسب ارتكازاتهم، فالبائع لأجل هذا الاشتراط يتمكّن من مطالبة المشتري بالثمن في كل آن، فإذا فرضنا أنّ المشتري استمهله كذا مدّة حتى يجيء بالثمن وأمهله البائع أي رفع يده عن حقّ مطالبته بالثمن في مدة كذا ولكن المشتري لم يأت بالثمن إلى تلك المدّة فللبائع خيار تخلّف الشرط حيث إنّ الاتيان بالثمن وردّه إلى البائع كما عرفت من الشروط الارتكازية عند العقلاء، فإنّهم يرون البيع إعطاءً وأخذاً فإذا لم يعمل أحدهما بذلك الاشتراط الضمني فللآخر خيار تخلّف الشرط، وإنّما لم يثبت هذا الخيار من الابتداء لأنّ المفروض أنّ البائع قد أمهل المشتري في مدّة كذا بمعنى أنه رفع يده عن خياره في تلك المدّة، فإذا مضت مدّة الاستمهال فللبائع خيار تخلّف الشرط، وهذا ظاهر.

فيبقى الكلام حينئذ في المدّة التي يسمح بها في مثل ما إذا استمهله المشتري بقوله أبقه عندك حتّى أجيء بالثمن، ولا إشكال في أنّ المراد بالاستمهال والامهال في هذه الموارد هو الامهال أو الاستمهال مدّة لا يكون المبيع في تلك المدّة معرّضاً للتلف والفساد لا إلى الأبد، وهذا ظاهر بالمراجعة إلى العرف والوجدان في استمهالهم في موارد تلف المبيع أو فساده من يومه، فإذا لم يأت المشتري بالثمن في المدّة المذكورة فيثبت للبائع خيار تخلّف الشرط.

وممّا يوضّح ما ذكرناه : هو أنّ هذه المعاملات معاملات نقدية وليست من النسيئة بشيء ، ومعنى أجيؤك بالثمن ليس هو النسيئة وإلّا للزم تعيين المدّة لأنّه شرط في صحة معاملة النسيئة ، وحيث لا تعيين للمدّة في المعاملة فتكون نقدية ومقتضى الاطلاق في المعاملات النقدية هو جواز مطالبة البائع بالثمن من المشتري في كل آن ، فإذا استمهله المشتري وأمهله صاحب الحق إلى مدّة لا يفسد فيها المبيع ولم يأت بالثمن إلى أن انقضت مدّة الاستمهال فلا محالة يتخلّف الشرط الضمني الارتكازي في المعاملات النقدية وهو الاعطاء والأخذ حالاً ونقداً ، فيثبت له الخيار وله أن يفسخ المعاملة قبل أن يعرض عليه الفساد .

وهذا الوجه وجيه ، لأنّ الخيار حق للبائع وله أن يرفع يده عن حقه في مقدار خاص من الزمان لا على الاطلاق ، فلا يطالبه بالثمن إلى يوم أو نصف يوم لا إلى الأبد ، فإذا مضت المدة ولم يأت المشتري بالثمن فله أن يفسخ المعاملة بخيار تخلّف الشرط ، وعليه فلا نخصّص الخيار بما إذا كان المبيع ممّا يفسد من يومه كما خصّوه ، بل يتعدّى إلى ما يفسد من ساعته أو ساعتيه كالجمد ، بل إلى ما لا يعرضه الفساد أصلاً كما في الأقمشة وأمتعة البزّازين ، فإنّ مقتضى الاطلاق في المعاملات النقدية هو جواز مطالبة البائع بالثمن من المشتري بعد المعاملة ، فإذا استمهله في زمان ولم يأت به إلى أن انقضى الزمان فله خيار تخلّف الشرط وهو ردّه الثمن ، بل الحال كذلك فيما إذا لم يعرض عليه الفساد بل كان التأخير موجباً لذهاب سوقه ، فإنّ لكل متاع سوقاً كالتربة والسبحة في أيام الزيارة فإنّ قيمتها في تلك الأيام أزيد لوجود الزائرين وكثرتهم بحيث إذا انقضت تلك الأيام فلا يشترى بتلك القيمة وهو ظاهر ، فإذا اشترى تربة أو سبحة وقال أجيئك بالثمن ومشى ولم يأت به إلى أن كاد أن يذهب سوقها فللبائع خيار تخلّف الشرط وفسخ المعاملة لئلّا يتضرّر أو يفوته نفع ، لأنه إنما رفع يده عن حق المطالبة في زمان خاص لا إلى الأبد .

والمتحصّل : أنه لا مانع من أن يرفع من له الحق عن حقه في زمان ويتمكّن من إعماله بعد ذلك الزمان ، وعليه أيضاً بناء العقلاء في حقوقهم فإنّهم لا يرون مانعاً عن رفع اليد عن الحقوق في زمان لا إلى الأبد . وعليه فلا نحتاج في إثبات هذا الخيار إلى رواية ولا إلى حديث نفي الضرر .

الكلام في خيار الرؤية

تارة يقع الكلام فيما إذا اشترط المشتري وصفاً في المبيع أو يبيعه البائع بشرط أن يكون على صفة الكتابة أو الخياطة أو غيرهما من الأوصاف ثم يظهر المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبائعان ، فيثبت للمشتري الخيار ولكنّه من أحد أفراد خيار تخلّف الشرط ، وقد تقدّم سابقاً أنّ معنى اشتراط وصف في المبيع جعل الخيار لنفسه على تقدير عدمه ، إذ الالتزام بالوصف الخارج عن اختياره ممّا لا معنى له . وليس خياراً مستقلاً برأسه ، وإنّما عدّوه كذلك من جهة ما ورد في خصوصه بعض الأخبار ، ولأجل كونه من أفراد خيار تخلّف الشرط لا نخصّصه بالمشتري بل نلتزم به في البائع ، كما لا نقيّده بالبيع ونعمّمه إلى الإيجار وغيره من المعاملات لعمومية خيار تخلّف الشرط .

وأُخرى يقع الكلام فيما إذا اشترى شيئاً لم يره قبل المعاملة ثم ظهر على خلاف ما اشتراه عليه من الأوصاف بلا التزام من البائع بوجود الأوصاف فيه وهذا كما إذا اعتقد أنّ المبيع مشتمل على وصف كذا فاشتراه بهذا الاعتقاد من دون أن يراه حين المعاملة ، أو رآه سابقاً مشتملاً على صفة فاعتمد على رؤيته السابقة فاشتراه بلا رؤيته حال المعاملة ثم ظهر خلاف ما رآه سابقاً ، أو أخبره البائع بوجود الوصف فيه وكونه كذا وكذا بلا التزام منه بكونها فيه وإنّما أخبره إخباراً محضاً فاشتراه معتمداً على اعتقاده أو على إخبار البائع ثم ظهر على خلاف ما

اعتقده أو ما أخبره به البائع من دون أن يراه حين المعاملة ، فهل يثبت له الخيار في هذه الصورة أو لا خيار حينئذ ، مع صحة المعاملة وعدم كونها من بيع المجهول أو الغرر لارتفاعه بحسب اعتقاده ولو كان ناشئاً من قياس المبيع إلى أقرانه وأمثاله كما إذا اعتقد أنّ العبد المشترى كاتب أو خيّاط لأنّ أباه وأخاه كانا كاتبين ، وكذا تصح المعاملة مع عدم الرؤية بإخبار البائع ؟

والظاهر أنّ المسألة غير معنونة في كلماتهم إلّا على نحو الاشارة ، وذلك لأنّهم إنّما عنونوها فيما إذا اشترط المتبايعان وصفاً في المبيع ثمّ ظهر على خلاف ما اشترطه المتبايعان كما في عنوان كلام شيخنا الأنصاري[(١)] ولم يتعرّضوا إلى ما إذا اشتراه بلا شرط معتقداً لكونه كذا مع عدم رؤيته حال المعاملة ثم ظهر على خلاف ما اعتقده .

والظاهر ثبوت الخيار في هذه الصورة وهو خيار خاص غير مربوط بخيار تخلّف الشرط وإنّما جعله الشارع مراعاة لحال المشتري ، والوجه في ذلك إطلاق الرواية وعدم تقييدها بما إذا اشترط المتبائعان وجود الوصف في المبيع وهي صحيحة جميل بن درّاج قال « سألت أبا عبدالله عن رجل اشترى ضيعةً وقد كان يدخلها ويخرج منها فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله ، فقال أبو عبدالله (عليه السلام) إنه لو قلّب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له فيها خيار الرؤية »[(٢)].

وهذه الرواية كما ترى مقيّدة بما إذا اشترط البائع والمشتري كون الضيعة على صفة كذا وكذا ، وإنّما دلّت على أنّ من رأى شيئاً على وصف سابقاً ثم اشتراه بلا

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٤٥ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٨ / أبواب الخيار ب ١٥ ح ١ .

رؤيته حال المعاملة ثم ظهر على خلاف ما كان عليه سابقاً فللمشتري الخيار ، هذا .

بل ليست الرواية مقيّدة بما إذا ظهرت القطعة التي لم يرها على خلاف ما كانت عليه سابقاً ، بل دلّت على أنّ من اشترى شيئاً لم يره بوجه من الوجوه الصحيحة فله خيار الرؤية .

إلّا أنه لابدّ من تقييدها بذلك أي بما إذا ظهر على خلاف ما اعتقده أو على خلاف ما كان عليه سابقاً لأمرين :

أحدهما : قيام الضرورة على أنّ الرؤية ليست شرطاً في لزوم المعاملة وأنه لا موضوعية لها في المعاملات أبداً ، وإنّما هي لأجل ملاحظة كون المبيع واجداً للأوصاف أو أنه كذا ، وليست من الشروط المعتبرة في لزوم المعاملة حتى يقال إنّ المعاملة بلا رؤية المبيع خيارية وجائزة .

وثانيهما : القرينة الموجودة في نفس الرواية وهي قوله « فلمّا نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها ثم رجع فاستقال صاحبه » لأنه ظاهر في أنّ الندم إنّما عرضه بعد دخوله في الضيعة ، فلو كانت الضيعة كما اعتقدها لم يكن لندمه بعد ملاحظتها وجه ، لأنّ الندم على أصل المعاملة لو كان لكان من الابتداء ولا مدخلية للرؤية وملاحظة الضيعة في الندم على أصل المعاملة ، فحيث إنّ الندم بعد دخول الضيعة وملاحظتها ولا ندم قبلها فنستكشف أنّ السبب فيه عدم رؤية الضيعة على ما اعتقدها من الأوصاف أو شاهدها عليها .

فالمتحصّل : أنّ الرواية دلّت على أنّ من رأى عيناً ولاحظها ثم بعد مدة اشتراها بلا رؤيتها حال المعاملة ثم ظهرت العين على خلاف ما رآها عليها من الأوصاف له الخيار في فسخ المعاملة وإمضائها ، فيكون هذا خياراً مستقلاً غير مربوط بخيار تخلّف الشروط .

وأمّا اشتراط الوصف في المبيع كما هو ظاهر صدر عبارة الشيخ (قدّس سرّه)

فلا دليل على اعتباره ، بل الرواية مطلقة وواردة فيما لم يشترط الوصف فيه في المبيع وفي هذا المورد حكم (عليه السلام) بالخيار أي مع فرض عدم الاشتراط ، وذلك لأنه لو كان الوصف مشروطاً في المعاملة لكان للمشتري خيار تخلّف الشرط فما معنى استقالته البائع وعدم قبول البائع إيّاها ، فإنّ اشتراط وجود الوصف معناه اشتراط الخيار على تقدير عدمه ، وإلّا فلا معنى للالتزام بوجود الوصف في المبيع لأنه خارج عن اختياره ومعه لا حاجة إلى الاقالة ، فالرواية مفروضها عدم اشتراط الوصف فيكون هذا الخيار خياراً مستقلاً ، هذا .

ثم إنّ الرواية ظاهرة في المشتري لرجوع الضمائر فيها إليه ولم يذكر فيها اسم من البائع ، فلابدّ من أن يختص هذا الخيار بخصوص المشتري ، وأمّا البائع إذا ظهر له الثمن على خلاف ما اعتقده من الصفة أو إذا ظهرت له ضيعته على غير ما وصفوها له ورأى أن ضيعته مشتملة على أوصاف زائدة فثبوت الخيار له يحتاج إلى أحد أمرين : إمّا ثبوت الاجماع على جريان خيار الرؤية في طرف البائع أيضاً وإمّا تنقيح الملاك القطعي في حكم الشارع بالخيار للمشتري ، وكلا الأمرين مورد للمناقشة .

أمّا الاجماع فتحصيله في المقام وغيره من الصعوبة بمكان .

وأمّا تحصيل الملاك القطعي فأشكل ، لعدم العلم به في مورد الرواية حتى يتعدّى إلى غيره .

نعم يمكن أن يقال : إنّ الثمن إذا ظهر للبائع على خلاف ما اعتقده فيه من الأوصاف فللبائع خيار الرؤية ، لأنّ الظاهر من الرواية عند العرف والعقلاء أن حكمه (عليه السلام) بالخيار للمشتري عندما ظهر المبيع على خلاف ما اعتقده فيه من الأوصاف ليس من أحكام المبيع بل هو من أحكام البيع ، فكل من البائع والمشتري على الخيار فيما إذا ظهر لهما المالان على خلاف اعتقادهما ، وأمّا ثبوت

الخيار للبائع فيما إذا ظهر له مال نفسه وهو المبيع على خلاف ما وصفوه له فهو ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، اللهمّ إلّا أن يكون البائع مغبوناً في المعاملة وهو أمر آخر إلّا أنّ الكلام فيما إذا لم يكن هناك غبن كما إذا باعها بأكثر من قيمتها السوقية ولكنّها ظهرت على خلاف ما وصفوها له ، فالمتحصّل : أنّ هذا الخيار خيار مستقل .

وربما يقال كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بأنّ الضمائر في الرواية كلّها ترجع إلى البائع وأنه الذي استقال المشتري وهو الذي حكم (عليه السلام) بخياره ، فتكون الرواية دالّة على خيار الرؤية لكل من البائع والمشتري ، هذا .

ولكن لا ندري قائله ولا ندري أنه لماذا نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) مع ما فيه من الوهن ، أمّا أولاً : فلأنه على خلاف ظاهر الرواية لظهورها بل وصراحتها في رجوع الضمائر إلى المشتري لعدم ذكر من البائع في الرواية أصلاً . وأمّا ثانياً : فلأنّ الضمائر لو رجعت إلى البائع فلا محالة يختص الخيار به فما وجه دلالة الرواية على خيار كل من البائع والمشتري ، فهذا القول ساقط من أساسه ، هذا .

ثم إنه استدلّ صاحب الحدائق (قدّس سرّه)(٢) على ثبوت هذا الخيار برواية زيد الشحّام قال « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل اشترى سهام القصّابين من قبل أن يخرج السهم ، فقال (عليه السلام) لا تشتر شيئاً حتّى يعلم أين يخرج السهم ، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج »(٣) حيث إنّها دلّت على أنّ المشتري حيث لم ير السهم قبل المعاملة فهو بالخيار بعد ما ظهر له .

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٤٧ .

(٢) الحدائق ١٩ : ٥٧ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٩ / أبواب الخيار ب ١٥ ح ٢ .

وقد استوضحها صاحب الحدائق بما رواه في الكافي[١] والتهذيب[٢] في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن منهال القصّاب ، وهو مجهول بمعنى أنّها صحيحة إلى عبدالرحمن لا إلى آخر السند ، قال « قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم يدخل داراً ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم ، قال : لا تصلح هذا إنّما تصلح إذا عدلت القسمة »[٣].

ومعناها أنّ جماعة كانوا يشترون عدّة شياة ثم كانوا يدخلونها في مكان ويقوم أحدهم بالباب ويعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة فيعطيها لمن اشترى خمسة منها ويعدّ عشرة ويدفعها إلى من اشترى عشرة ، أو كانوا يشترون شاة واحدة ثم يقسمها أحدهم بين المشترين فيدفع الرأس لبعضهم والرجل لبعض آخر وهكذا ، وربما يكون السهم الخارج لأحد مهزولاً وما خرج للآخر سميناً هذا .

وفي كل من الاستدلال بالرواية الأُولى والاستشهاد بالثانية نظر . أمّا الرواية الثانية فلأنّها إنما دلّت على بطلان هذا التقسيم والبيع به فلا دلالة فيها على الخيار فيما إذا ظهر المبيع على خلاف ما يعتقده . وأمّا الرواية الأُولى فهي أيضاً بصدد النهي عن تلك المعاملة ولا دلالة فيها على الخيار ، وذلك لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ المشتري إن اشترى سهم القصّابين على نحو الاشاعة كما هو الظاهر في تلك المعاملات فالمعاملة صحيحة لا خيار فيها ، لأنّ تقسيم ما يخصّه منها على وجه

---

(١) الكافي ٥ : ٢٢٣ / ٢ .

(٢) التهذيب ٧ : ٧٩ / ٣٣٩ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٥٦ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٢ ح ٨ .

صحيح أو باطل أمر آخر غير مربوط بصحة أصل المعاملة ، وإن اشترى سهم القصّاب الذي سيصير متعيّناً بعد ما اشتراه القصّاب وعيّن له من الشياه بالاخراج فالمعاملة باطلة ، لأنّ القصّاب بعد لم يصر مالكاً للحصة المعينة فكيف يبيعها قبل أن يملكها ، فلا دلالة في الروايتين على خيار الرؤية .

وأمّا ما في ذيلها من قوله (عليه السلام) « فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج » فقد حمله شيخنا الأنصاري على ما إذا اشترى شياهاً على نحو الكلّي في المعيّن فصحّت معاملته ، وبعدما أخرجها من الشياه يثبت له خيار الحيوان .

ويدفعه : أنّ المراد بالخيار لو كان هو خيار الحيوان فلا وجه لثبوته بعد إخراج السهم لأنّه يثبت له من حين المعاملة لا بعد زمان التعيين .

والظاهر أنّ المراد بالخيار في الرواية ليس هو الخيار المصطلح ، بل المراد منه هو الخيار بالمعنى اللغوي بمعنى أنه مختار في الشراء وعدمه بعد خروج السهم ، وذلك لأنّ الإمام (عليه السلام) منع عن هذا البيع بقوله « لا تشتر » فتكون المعاملة باطلة وبعد بطلانها إذا ارتكبها أحد وخرج السهم فلا يكون ملزماً به لبطلان البيع ، فمعنى أنّ له الخيار أنه غير ملزم بالبيع بل هو مختار له أن يشتريه ثانياً بالبيع الصحيح وله أن يردّه (والله العالم بحقائق الأحكام) .

القول في مورد هذا الخيار

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ مورد هذا الخيار هو بيع العين الشخصية ، ولعلّه يريد بهذا الكلام ما يقابل الكلّي في الذمة حيث إنه لا يأتي فيه هذا الخيار ، إذ لا يتصوّر فيه تخلّف وصف وفقدانه حتى يثبت فيه خيار الرؤية ، وأمّا في

(١) المكاسب ٥ : ٢٤٨ .

المشاع والكلّي في المعيّن فلا مانع من جريان هذا الخيار فيهما لتصوّر تخلّف الوصف في كل من المشاع والكلّي في المعيّن كما إذا وصفه البائع أو غيره بوصف فاشترى المشتري نصفه المشاع أو اشتراه على نحو الكلّي في المعيّن كما إذا باعه صاعاً كلّياً من صبرة ووصفها بوصف وبعد ما اشتراها ظهر خلافه ، وكيف كان فالتوصيف في المشاع والكلّي في المعيّن وتخلّف الوصف فيهما بمكان من الوضوح ، فلا وجه لاختصاص الخيار بالعين الشخصية .

وهذا بناءً على مسلكه (قدّس سرّه) من أنّ الخيار في المقام من قبيل خيار تخلّف الشرط ظاهر لامكان الاشتراط وتخلّف الشرط المشاع والكلّي في المعيّن كما عرفت .

وأمّا بناء على ما سلكناه من أنه خيار تعبّدي على خلاف القاعدة ولا يرجع إلى خيار تخلّف الشرط ، فلا يمكننا التعدّي من مورد الرواية وهو بيع العين الشخصية إلى غيره إلّا بالقطع بالمناط ، نعم لا مانع من التعدّي إلى بيع المشاع ، لأنّ الشارع إذا حكم بثبوت الخيار عند بيع تمام العين فبحسب الفهم العرفي يثبت في بيع نصفها على نحو المشارع كما إذا اشترى شريكان تمام المزرعة والضيعة فصار كل منهما مالكاً لنصفها المشاع ، فدعوى القطع بجريانه في المشاع غير بعيد ، وأمّا في الكلّي في المعيّن فلا قطع بالملاك وهو خارج عن مورد التعبّد فلا يمكن التعدّي إليه .

ثم إنّ هذا الخيار إنّما يثبت بعد صحة العقد في حدّ نفسه ، ومن الظاهر أنّ بيع العين المجهولة باطل فيعتبر في صحة العقد حينئذ ذكر الأوصاف الموجودة في العين التي يختلف باختلافها الرغبات حتى يرتفع به الجهالة الموجبة للغرر ، وحكى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عن بعضهم أنه اشترط في صحته ذكر الأوصاف التي يختلف باختلافها الثمن ، وعن آخر يعتبر في صحته ما يعتبر في صحة السلم ، وقد أرجعهما شيخنا الأنصاري إلى ما ذكرناه وحملها على مجرد التغيّر في اللفظ ، وقد ادّعى كل

واحد منهما الاجماع على ما ادّعاه .

وربما يقال : إنّ السلم لا يعتبر فيه ذكر جميع الأوصاف التي يختلف باختلافها الرغبات لأنّه يؤدّي إلى عزّة الوجود ، وعليه فيكون اعتبار ما يشترط في صحة السلم في المقام منافياً لاعتبار ذكر الأوصاف التي يختلف باختلافها الثمن .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري بوجهين :

أحدهما : أنّ ما ذكروه في المقام من اعتبار ذكر جميع الأوصاف التي يختلف باختلافها الرغبات إنّما هو من جهة بيان ما يعتبر في صحة السلم بما هو هو مع قطع النظر عمّا يعرض على بعض أفراده من العذر .

وثانيهما : أنّ ذكر تمام الأوصاف التي لها مدخلية في اختلاف قيمة المال معتبر في تمام البيوع حتّى السلم ، وما لا يمكن فيه ذلك نلتزم ببطلانه ، هذا .

ولا يهمّنا إرجاع كلمات بعضهم إلى كلمات الآخرين ، بل الذي يمكن أن يقال في المقام : هو أنّ مقتضى الاطلاقات والعمومات صحة جميع المعاملات ، فلابدّ في الخروج عنهما من دليل مخرج لا محالة ، والدليل هو قوله (عليه السلام) « نهى النبي عن بيع الغرر »(١) على تقدير ثبوته وصحّته لأنّه نبوي ، فلابدّ من ملاحظة عدم الغرر في صحة المعاملات وأنه في أيّ مورد يأتي وفي أيّ مورد لا يأتي ، والغرر مفهوم عرفي فلابدّ في تشخيصه من المراجعة إلى العرف والعقلاء لنرى أنّهم يرون الغرر أيّ شيء ، فإذا راجعنا إليهم نرى أنّ الجهل بالأوصاف التي يختلف باختلافها الرغبات من الغرر كما إذا اشترى عيناً لا يدري أنّه ذهب أو صفر أو رصاص ، أو اشترى فراشاً لا يدري أنّ ما فيه قطن أو صوف وهكذا .

وأمّا الأوصاف التي لا مدخلية لها في اختلاف القيمة كثيراً فلا يعتبرون

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ (باختلاف يسير) .

العلم بها ، فيشترون البطيخ بلا معرفة طعمه أنه حلو أو متوسط ولا يشترطون في صحته طعم البطيخ قبل المعاملة(١).

فعليه الغرر عند العقلاء والعرف أمر متوسط بين المسامحة والتدقيق ، فلا يشترطون التدقيق بمعرفة جميع الأوصاف كما عرفته في البطيخ ، ولا يرخّصون المسامحة وشراء الفراش مع الجهل بأنه صوف أو قطن ، فلا يعتبر في ارتفاع الغرر التدقيق ، كما لا يكفي في ارتفاعه المسامحة بل هو وسط بين الأمرين عند المراجعة إلى العقلاء والعرف ، فلابدّ من ملاحظة هذا المفهوم العرفي في صحّة البيع ، ففي كل مورد كان الجهل به غرراً عند العرف فنلتزم فيه بالفساد ، كما أنّ في كل مورد لم يكن الجهل به غرراً عندهم نلتزم فيه بالصحة للعمومات والاطلاقات .

ومن ذلك يظهر ما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) من أنّ الغرر الشرعي أعمّ من الغرر العرفي ، فإنّ الغرر لم يرد في رواية ولم يفسّر بمعنى حتّى يكون أعم من الغرر العرفي ، وإنّما ورد في خصوص النبوي وحيث لم يبيّن المراد منه في الحديث حملناه على المفهوم العرفي منه كما في غيره من الألفاظ .

وبالجملة : ليس لنا غرر شرعي حتّى يكون أعم من العرفي ، فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لم نفهم المراد منه ، نعم قد ثبت بطلان المعاملة في بعض الموارد مع عدم الغرر فيه عرفاً إلّا أنه لا من جهة الغرر الشرعي بل من جهة التعبّد ، وهذا كما ذكرناه في محلّه من أنّ العلم بمقدار العوضين شرط في صحة البيع شرعاً فيكون الجهل بمقدارهما مانعاً عنه وإن لم يستلزم الغرر ، وهذا كما إذا فرضنا الحنطة والشعير

---

(١) وكذا لا مانع من صحّته فيما إذا كان في نفسه خطرياً إلّا أنه أقدم عليه لما فيه من الأغراض الشخصية القائمة به .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٥٠ .

متساوي القيمة ووضعنا في إحدى كفّتي الميزان حنطة وفي مقابلها بمقدارها شعيراً وتبادلنا بهما فإنّه لا يحتمل فيه الغرر لتساوي القيمتين ومقدارهما واقعاً ، إلّا أنّه باطل للجهل بمقدارهما ، وكذا الحال فيما إذا اعتبرنا في صحة البيع العلم بالجنس أي بجنس العوضين فيكون الجهل بالجنس مانعاً عن صحة البيع وإن لم يستلزم الغرر وهذا كما إذا عوّض ما عنده من المصوغ مع الجهل بأنه ذهب أو صفر بما عند الآخر ممّا صيغ من مادة أُخرى مجهولة أيضاً مع تساوي مقدارهما وقيمتهما ، لا لأجل الغرر لانتفائه حسب الفرض بل من جهة الجهل بجنس العوضين ، ولعلّه ظاهر .

بقي في المقام إشكال : وهو أنّ بيع العين الغائبة غرري دائماً ، وذلك لأنه إن اعتبرنا فيه ذكر تمام الأوصاف التي يختلف باختلافها الرغبات وباعها مقيّدة بهذه الأوصاف ، فيكون المعاملة غررية للجهل بوجود عين متّصفة بهذه الأوصاف والجهالة بوجود المبيع من أظهر أنحاء الغرر . وإذا باعها بلا ذكر أوصافها ولا مقيّداً بشيء منها بل على نحو الاطلاق ، كانت واجدة لها أم لم تكن ، فهي أيضاً غررية للجهل بأوصافها .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بوجهين :

أحدهما : أنّ الغرر ليس من الأُمور الواقعية بل هو أمر نفساني وهو الخطر فإذا اطمأن المشتري بتوصيف نفس البائع أو بتوصيف غيره من الجيران بأنّ العين متّصفة بأوصاف وأقدم على شرائها معتقداً أنّها متّصفة ولو باعها البائع على نحو الاطلاق من غير التزام بشيء من الأوصاف ولا تقييده بها ، فلا تكون المعاملة غررية لارتفاعه بالاطمئنان بوجودها .

وثانيهما : أنه هب أنّ البائع يبيعها مقيّداً بتلك الأوصاف إلّا أنه لا يبعد أن يكون التقييد في معنى الاشتراط ، فهو يقدم على شرائها باشتراط اتّصافها بتلك الأوصاف ، ومثله لا يكون غررياً ولو مع الجهل بوجود العين المتّصفة بتلك

الأوصاف ، وهذا لأنّها إذا بانت فاقدة لها أو لم توجد أصلاً فله أن يفسخ المعاملة بخيار تخلّف الشرط ، ومع التمكّن من الفسخ لا غرر ولا خطر في المقام ، ولا يشترط في هذا الخيار أن يكون العقد مع قطع النظر عنه صحيحاً تاماً كما ثبت ذلك في خياري المجلس والحيوان ، بل يكفي في المقام صحة العقد ولو بجعل الخيار لأنّه من مجعولات المتبايعين أعني الاشتراط ، هذا .

أقول : بل معنى التقييد هو الاشتراط لا أنه لا يبعد أن يكون كذلك كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) والوجه في ذلك أنّ العين الموجودة الخارجية لا سعة فيها ولا ضيق ولا إطلاق فيها ولا تقييد لأنّها ليست إلّا هي فلا يقبل الاتّساع ولا التضييق ، لأنّها غير مشتملة على حصص كثيرة لتتقيّد وتطلق ، فمعنى تقييدها هو الالتزام بكونها متّصفة بتلك الأوصاف ، ومعنى الالتزام أنّ المشتري جعل لنفسه الخيار على تقدير عدم تحقّق الشرط ، ومع الخيار لا يبقى للغرر والخطر مجال .

والمتحصّل ممّا ذكرناه في المقام : أنّ بيع العين الغائبة تارةً يكون بتوصيف البائع أو غيره ممّن يفيد الاطمئنان للمشتري ، وبه يرتفع الغرر لأنه باعتقاده لا يقدم على خطر وحينئذ فلا إشكال في صحة البيع مع ثبوت الخيار له فيما إذا انكشف خلاف ما يعتقده ، وهذا لا ربط له بخيار تخلّف الشرط ولا يرجع إلى الاشتراط .

وأُخرى باشتراط الأوصاف في المبيع ، والبيع أيضاً صحيح في هذه الصورة ويثبت له خيار تخلّف الشرط على تقدير عدم اتّصافه بالصفات . ودعوى أنّ الاشتراط بمنزلة تقييد المبيع ووجود المبيع المقيّد غير معلوم فتكون المعاملة غررية للجهل بوجود المبيع ، قد عرفت اندفاعها ، والوجه فيه أنّ التقييد إمّا أن يرجع إلى البيع وإمّا أن يرجع إلى الالتزام به الذي معناه جعل الخيار لنفسه ، فإن أرجعناه إلى البيع بأن تكون المعاملة والتزامه البيعي معلّقاً على وجود تلك الأوصاف بحيث إذا تخلّفت الأوصاف وظهر عدم اتّصاف المبيع بالقيود فلا التزام معاملي بينهما ، فمثله لا

يوجب الغرر لأنه لا يقدم على المعاملة على كل حال ، بل إنما يقدم عليها فيما إذا كان المبيع موجوداً فلا خطر في البين ، إلّا أنّ أصل المعاملة باطل في هذه الصورة لا من جهة الغرر بل من جهة التعليق في العقود لأنّ التنجيز شرط في صحة المعاملة .

وأمّا إذا أرجعناه إلى الالتزام بالمعاملة لا إلى أصلها ، وقد عرفت أنّ معناه جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم الأوصاف في المبيع ، فالمعاملة صحيحة ولا تعليق فيها كما أنّها غير غررية لأنه لم يقدم على الخطر حينذاك بل جعل لنفسه الخيار ، فإذا رأى عدم تحقّق الأوصاف فله أن يفسخ المعاملة فلم يقدم على الخطر وكيف كان فلا إشكال في صحة المعاملة على تقدير الاشتراط .

ومن ذلك يظهر أنّ ما حكي عن ابن إدريس (قدّس سرّه)(١) من أنه في صورة ظهور الخلاف مخيّر بين الردّ والامساك بالأرش ممّا لا وجه له ، فإنّ مقتضى القاعدة عند جعل الخيار لنفسه هو الالتزام بالبيع عند ظهور الخلاف أو الردّ والفسخ ، وأمّا الامساك مع المطالبة بالأرش فممّا لا دليل عليه ، نعم لو كان الوصف المفقود ممّا له دخل في صحة المبيع بأن كان من أوصاف الصحة فيثبت للمشتري الخيار بين الردّ والامساك مع الأرش ، إلّا أنّه لا من جهة خيار الرؤية بل من جهة خيار العيب وأمّا إذا لم يكن الوصف من أوصاف الصحة بل كان من أوصاف الكمال كما هو محل الكلام دون وصف الصحة فلا دليل على أنّ تخلّفها يوجب الأرش ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا ما عن جماعة من بطلان المعاملة عند ظهور عدم اتّصاف المبيع بالوصف كما عن المحقّق الأردبيلي (قدّس سرّه)(٢) وفي النهاية(٣) وغيرهما من جهة أنّ

---

(١) السرائر ٢ : ٢٤٢ .

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ١٨٣ .

(٣) النهاية : ٣٩١ .

المبيع غير موجود ، فما وقع عليه البيع لم يوجد وما وجد لم يتعلّق به الانشاء والبيع فمقتضى القاعدة في مثله البطلان وقد مال إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أيضاً إلّا أنه رجع عنه من جهة أنّ المستفاد من تتبّع الموارد الفقهية والمسائل المتفرّقة هو عدم بطلان المعاملة في صورة فقد الصفة المقصودة وتخلّفها كما في موارد ظهور العيب في المبيع وموارد قبض الصفقة فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك وغيرهما .

فهو أيضاً ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأنّهم إن أرادوا بذلك أنّ البيع مقيّد بوجود تلك الأوصاف وأنـه لا بـيع فـيما إذا لم تكـن الأوصـاف مـوجودة فالمعاملة حينئذ وإن كانت باطلة إلّا أنّ لازمه عدم صحة المـعاملة مـطلقاً سـواء وجدت الأوصاف في المبيع أم لم توجد ، وذلك لما عرفت من أنّ التعليق في العقود يوجب البطلان ولو مع وجود المعلّق عليه واقعاً ، فلماذا التزمـوا بـالبطلان عـند انكشاف الخلاف دون صورة وجود الأوصاف .

وإن أرادوا بذلك أنّ البيع غير مقيّد بشيء وإنّما المقيّد هو الالتزام بـالمعاملة وعدم الرجوع فيه الراجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم تحقّق الأوصاف فلا وجه حينئذ لبطلان البيع عند تخلّف الأوصاف لأنّه غـير مـربوط بـالبيع ، إذ المفروض أنّ المعاملة مطلقة ، نعم يوجب تخلّف الأوصاف الخيار للـمشتري لأنّ شرط لزوم المعاملة مفقود ، وأمّا البطلان فلا وجه له أصلاً .

وقياس المقام بتخلّف الصور النوعية كما إذا باع شيئاً على أنه عبد حبشي ثم ظهر أنه حمار وحشي قياس مع الفارق ، فإنّ الصور النوعية ممّا تقوّم به المـعاملة لأنّ البيع إنّما يقع على تلك الصور النوعية لأنّها المقوّم لـمالية المـال وبهـا تخـتلف الحقائق والأشياء ، إذ لا مالية للمادّة المشتركة بين التراب والذهب وتخلّفها يوجب

(١) المكاسب ٥ : ٢٥٥ ـ ٢٥٦ .

انعدام المبيع ، ومع عدم تحقّق المبيع المعاملة باطلة ، ومن هنا لا مانع من تعليق المعاملة عليها بأن يقول : بعتك هذا إن كان عبداً ، وذلك لما عرفت من أنّ تعليق البيع على ما يتوقّف عليه المعاملة لا مانع عنه بوجه ، وحيث إنّ البيع مقيّد بها ومعلّق عليها فعند فقدانها تبطل المعاملة لا محالة ، وهي لا تقاس بالأوصاف الكمالية أو غيرها ممّا لا ترجع إلى الصور النوعية ، فإنّ المعاملة لا تقع عليها وإنّما تقع على الذات وتكون الأوصاف دواع لوقوع البيع على الذات وموجبة لكثرة قيمتها ، فتخلّفها لا يعدم المبيع فلا وجه لبطلان البيع عند تخلّفها .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من قياس المقام على الشرط الفاسد وأنّ الشرط إذا كان فاسداً يلتزمون فيه بفساد المشروط من جهة أنّ ما وقع عليه العقد لم يمض وما هو يمكن امضاؤه لم ينشأ ، فإنّ البيع مقيّداً بالشرط الفاسد لا يقع عليه الامضاء شرعاً ، والبيع بلا ذلك الشرط وإن كان صحيحاً إلّا أنه لم يقع عليه الانشاء فيكون الشرط الفاسد مفسداً ، وهذا الوجه بعنيه جارٍ في المقام لأنّ البيع مع الصفات لم يمض لعدم وجوده ، وأمّا نفس البيع بلا تلك الأوصاف فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّه لم ينشأ ، فالمنشأ لم يقع والواقع لم ينشأ ، فلا محالة تكون المعاملة فاسدة عند تخلّف الأوصاف .

ففيه : أنّ المقام ومسألة أنّ الشرط الفاسد مفسد من واديين لا يرتبط أحدهما بالآخر ، وذلك لأنّ الوجه فيما ذهب إليه القائلون بفساد المشروط عند فساد شرطه هو أنّ البيع والمعاملة معلّقة ومقيّدة بالشرط الفاسد كما إذا باع شيئاً بشرط أن يشرب الخمر أو يقتل زيداً أو يهتك مؤمناً ، فإنّ معنى الاشتراط فيما إذا كان الشرط من قبيل الأفعال أنّ البيع معلّق على التزامك بذلك العمل ، وحيث إنّ المعلّق عليه وهو التزام الطرف بالعمل موجود حال المعاملة وهما عالمان بوجوده فلا مانع من التعليق حينئذ ، فإذا ظهر أنّ البيع معلّق على التزام المشتري مثلاً بالعمل

المحرّم وحكم الشارع بأنّ وجود هذا الالتزام كعدمه لأنّه محرّم وداخل في الاستثناء في قوله (عليه السلام) «إلّا شرطاً حلّل حراماً»(١) فلا محالة يبطل البيع لعدم حصول ما علّق عليه، ومن هنا حكموا بأنّ الشرط الفاسد مفسد للمشروط.

وأمّا في المقام فليس البيع معلّقاً على الشرط وهو الوصف وكونه موجوداً في المبيع وإلّا يلزم بطلان العقد لأجل التعليق على ما لا يعلم بوجوده، كما أنّ البيع غير معلّق على التزام البائع بوجود تلك الأوصاف في المبيع، إذ لا معنى لالتزام البائع بما هو خارج عن قدرته واختياره، فإنّ كون المبيع كذا وكذا أي متّصفاً بصفة خارج عن اختيار البائع ولا يتعلّق به الالتزام، وليست الأوصاف كالأفعال حتى يصح الالتزام بها، فلا محالة يتعيّن أن يكون البيع مطلقاً وغير مقيّد بشيء، بل يكون التزامه به وعدم رجوعه في المعاملة معلّقاً على وجود الأوصاف دون أصل المعاملة ومعنى ذلك جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم اتّصاف المبيع بالقيود، فإذا ظهر التخلّف وعدم اتّصاف المبيع بالأوصاف المذكورة فلا محالة يثبت له الخيار وله أن لا يثبت على بيعه ولا يلتزم به، لأنّ التزامه به كان معلّقاً على وجود الأوصاف ولم يحصل المعلّق عليه، وأمّا البطلان فهو ممّا لا أساس له بوجه، لأنّه لم يكن مقيّداً ولا مشروطاً ولا معلّقاً بشيء فبأيّ وجه يلتزم بالبطلان عند التخلّف، وبهذا الذي تلوناه عليك تعرف أنّ المقام غير كون الشرط الفاسد مفسداً وأنّهما من واديين والبيع في أحدهما معلّق وفي الآخر مطلق، فلا وجه لقياس أحدهما بالآخر أبداً، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ممّا لا يمكن المساعدة عليه بل لم يكن ذلك مترقّباً منه (قدّس سرّه) إن لم يكن جسارة.

والذي تلخّص ممّا ذكرناه في المقام: أنّ الأوصاف على قسمين: نوعية وكمالية

---

(١) ورد مضمونه في الوسائل ٢١ : ٣٠٠ / أبواب المهور ب ٤٠ ح ٤.

المعبّر عنها بالعرضية ، والتخلّف في الأُولى يوجب البطلان والفساد ، وفي الثانية يوجب الخيار ، هذا كلّه فيما إذا كان المعلّق على وجود الوصف هو الالتزام بالمعاملة الراجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم ثبوت الوصف كما هو الظاهر في المعاملات ، فإنه لا معنى لالتزام البائع بما هو خارج عن اختياره فلا محالة يكون مرجعه إلى تعليق الالتزام بالمعاملة على وجود الأوصاف الراجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلّف .

وأمّا إذا فرضنا أنّ المعلّق هو أصل المعاملة وإنشاؤها فهو أيضاً لا مانع منه في القسم الأول لأنّ بطلان التعليق إنّما ثبت بالإجماع ولا إجماع على بطلانه فيما كانت المعاملة بنفسها وفي ذاتها معلّقة عليه ، وقد عرفت أنّ الصور النوعية مقوّمات للمعاملة لوقوعها عليها ولذا قلنا إنّ تخلّفها يوجب البطلان .

وأمّا في القسم الثاني فالتعليق فيه يوجب البطلان لعدم قوام المعاملة بالأوصاف الكمالية والعرضية وعدم وقوعها عليها ، لما أشرنا إليه في محله من أنّ المعاملة إنما تقع على الأعيان وهي التي يبذل المال بأزائها ، دون الأوصاف والهيئات لعدم قابليتها للبيع على نحو الاستقلال ، فإذا لم تقع عليها المعاملة ولم تكن مقوّمة للمعاملة فلا محالة يكون التعليق عليها موجباً لفساد المعاملة وبطلانها ، هذا .

ثم إنّ المدار في كون الوصف من الأوصاف النوعية المقوّمة للمعاملة وكونه من الأوصاف الكمالية العرضية التي يوجب التعليق فيها بطلان المعاملة ليس على التدقيقات والاصطلاحات الفلسفية وملاحظة أنّ الوصف من الأوصاف الذاتية المقوّمة أو أنها من الأوصاف العرضية باصطلاح الفلسفة ، وأنه من قبيل الكم أو الكيف أو من سائر المقولات ، بل المدار على ما يراه العرف والعقلاء من الأوصاف المقوّمة والنوعية أو الكمالية العرضية ، وبين الأوصاف النوعية العرفية والعقلية تغاير جلي ، وربما تكون النسبة عموماً من وجه إذ ربما يكون وصف من الأوصاف

النوعية عقلاً ومغايراً لفاقد الوصف ذاتاً وحقيقة ولا يكون من النوعية عرفاً وأُخرى ينعكس وثالثة يجتمعان ، مثلاً إذا اشترى جارية ثم ظهر أنه عبد فإنّ الذكورة والأُنوثة ليستا من الأوصاف النوعية عقلاً ، فإنّ الذكر والأُنثى كلاهما إنسان وهما من الأوصاف العرضية ، إلّا أنّهما حقيقتان متغايرتان لدى العرف وصفة الذكورة والأُنوثة من قبيل الأوصاف النوعية عندهم ، فتبطل المعاملة بتخلّفهما كما لا يوجب التعليق عليهما بطلان المعاملة ، وكذا كتاب اللغة والفقه فإنّهما عند العرف حقيقتان متباينتان فإذا اشترى كتاباً بوصف أنه شرح اللمعة للشهيد (قدّس سرّه) ثم ظهر أنّه كتاب اللغة للفيّومي مثلاً فتكون المعاملة باطلة ، ولكنّهما بنظر العقل حقيقة واحدة ، لأنّ الكتاب ليس إلّا مركّباً من الحبر والقرطاس والجلد وهو متحقّق في كليهما ، ومن هذا القبيل أيضاً الفرش المنسوج بنسج الكاشان مع المنسوج بنسج غيره من البلاد فإنّهما حقيقتان متغايرتان عرفاً ومن الحقيقة الواحدة عقلاً لتركّبهما من الصوف والصبغ ، فتخلّف الوصف في مثله يوجب البطلان .

كما أنه ربما يكون الوصف من الأوصاف النوعية عقلاً ولا يكون كذلك عند العرف ، وهذا كما في الأشياء التي لا قيمة لموادّها عرفاً وإنما يبذل المال بازاء هيئتها فقط نظير المفتاح فإنّ الغرض والنظر فيه مقصوران على الفتح ، والمال يبذل في مقابل تلك الصفة بلا فرق في ذلك بين كون مادته نحاساً أو حديداً ، نعم لا تكون الخشبة بقيمة الحديد أو النحاس لعدم قوّتها مثلها ، وأمّا الحديد أو النحاس أو الصفر فجميعها على حدّ سواء ولا يختلف قيمة المفتاح باختلافها أبداً ، فالحديدية والنحاسية من الأوصاف الكمالية والعرضية عند العرف ولكنّهما من الأوصاف النوعية عقلاً ، وهما حقيقتان متغايرتان عنده بخلاف العرف .

ومن ذلك ما مثّل به شيخنا الأنصاري(١) من مثال لبن الجاموس ولبن البقر أو الغنم فإنه عرفاً حقيقة واحدة ، وكونه من البقر أو الجاموس من الأوصاف الكمالية والعرضية عندهم ، إلّا أنه حقيقة من الأوصاف النوعية عقلاً ولبنهما متغايران حقيقة بالدقّة العقلية .

وإن كان هذا المثال مورد الاشكال من جهة أنّ حقيقة اللبن واحدة كان من الجاموس أو من البقر وليس حقيقة لبن البقر عقلاً مغايراً لحقيقة لبن الغنم واختلاف الغنم والبقر بحسب الحقيقة أمر آخر لا ربط له باختلاف حقيقة اللبن وهذا ظاهر .

والمتلخّص : أنّ المعاملة تبطل عند تخلّف الأوصاف النوعية العرفية ، ولا مانع من تعليق المعاملة عليها ، وأمّا الأوصاف العرضية بنظرهم فتخلّفها لا يوجب إلّا الخيار ولا يوجب البطلان ، نعم التعليق على مثلها يوجب الفساد كما مرّ ، هذا كلّه فيما إذا علم الحال وظهر أنّ الوصف من قبيل الأوصاف النوعية عند العرف أو من قبيل غيرها .

وأمّا إذا شككنا في أنّ الوصف من النوعية حتى يصح التعليق عليها وتبطل المعاملة بتخلّفها ، أو أنه من قبيل غيرها لئلّا يصح التعليق فيها ولا تبطل المعاملة بتخلّفها ، وهذا كما في الأقمشة المنسوجة من الكتّان تارة ومن القطن أُخرى ، أو غيرها من الفاسونية الصيفية المتداولة اليوم المنسوجة من الصوف الخالص تارة ومن الكتان أُخرى ، ومن الممتزج من الصوف والقطن ثالثة فيما إذا شككنا وشك العرف في أنّ كونها من الصوف وصف نوعي تبطل المعاملة عند ظهورها من القطن أو أنه من الأوصاف الكمالية وتخلّفها يوجب الخيار ؟

ــــــــــــــــــــــــ

(١) المكاسب ٥ : ٢٥٦ .

فالكلام في ذلك يقع في مقامين : أحدهما فيما إذا علّقت المعاملة على وجود ذلك الوصف المشكوك كونه من النوعية عرفاً فهل تصح هذه المعاملة حينئذ ، فإنّ الوصف على تقدير أنه من الأوصاف النوعية فالمعاملة صحيحة ، لأنّ التعليق عليها لا يوجب البطلان ، وإن كان من قبيل غيرها فالمعاملة باطلة لأنّ التعليق يوجب البطلان .

وثانيهما : فيما إذا باع واشترى حسب الارتكاز بلا تعليق المعاملة على وجود الوصف ثم تخلّف الوصف وظهر أنّ المبيع من القطن مثلاً ، فهل تصح المعاملة حينئذ أو لا ، إذ الوصف على تقدير كونه من قبيل الأوصاف النوعية فلا محالة تبطل المعاملة ، لأنّ تخلّفها يوجب البطلان ، وعلى تقدير كونه من قبيل غيرها فتخلّفها يوجب الخيار دون البطلان .

أمّا المقام الأول : فالظاهر صحة المعاملة ، لأنّ البيع ليس إلّا تبديل مال بمال وهذا قد تحقّق على الفرض فيشمله العمومات .

وأمّا بطلان التعليق في العقود فهو كما عرفت إنما ثبت بالاجماع وهو دليل لبّي يكتفى فيه بالمقدار المتيقّن وهو ما إذا كان الوصف من الأوصاف الكمالية عند العرف جزماً وعلى نحو القطع دون صورة شك العرف وتردّده ، ولم ينعقد الاجماع على عنوان مثل الوصف الكمالي أو العرضي حتى يقال إنّ التمسك بالعمومات حينئذ مع الشك في أنّ الوصف نوعي أو عرضي من التمسك بالعام في الشبهات المصداقية ، بل الاجماع انعقد على كل مورد مورد بخصوصه كالتعليق على كتابة العبد ونحوه ، مثلاً يقال إنّ التعليق على كتابة العبد يوجب البطلان وهكذا ، وقيامه في هذا المورد غير معلوم فيتمسّك بالعمومات ولعلّه[1] من جهة أنّ الوصف المحرز عند العرف أنه من

(١) قد أفاد (دام ظلّه) أنّ الاجماع وقع على كل مورد مورد لا على عنوان الوصف العرضي ⇐

العرضي هو الذي ثبت الاجماع على كون التعليق عليه مبطلاً للمعاملة دون الوصف المحرز أنه من النوعي أو الوصف المردّد والمشكوك كونه من العرضي أو النوعي وحيث إنّ الاجماع دليل لبّي يكتفى فيه بالمقدار المتيقّن وهو الأوصاف المعلوم كونها من العرضي ويتمسك بالعمومات في غيره .

والمتحصّل : أنّ مقتضى العمومات في هذه الصورة هو صحة المعاملة وعدم بطلانها بالتعليق .

وأمّا المقام الثاني : فالصحيح هو الالتزام فيه بالبطلان لعدم العلم بوجود المبيع في الخارج ، لأنّا لا ندري أنّ المعاملة وقعت على واجد الوصف حتّى يحكم ببطلان المعاملة لعدم وجود المبيع في الخارج وعدم رضاه بغير الواجد ، أو أنها وقعت على الذات الجامعة بين الواجد والفاقد حتى يقال بوجود المبيع في الخارج وبصحة المعاملة ، وحيث إنّا نشك في وجود المبيع في الخارج وعدمه فلا محالة نحكم ببطلان المعاملة حينئذ ، ولا يمكن في مثلها التمسك بالعمومات لعدم إحراز رضا المشتري بفاقد الوصف ولعدم إحراز وقوع التجارة على الفاقد وعموم قوله « لا

⇐ وقوله لعلّه الخ جواب عمّا أورده عليه من أنّ تمسّكنا بالاجماع في الوصف الكذائي المحرز كونه من العرضي عند العرف يكشف عن أنّ الاجماع انعقد على عنوان جامع لا محالة وإلّا لما صحّ التمسك به في الموارد المذكورة ، فأجاب عن ذلك بأنّ الاجماع لعلّه انعقد على بطلان التعليق في الوصف المعلوم أنه من العرضي فيخرج الوصف المردّد عمّا انعقد عليه الاجماع ، وأورد عليه ثانياً : بأنّ الاجماع لو كان انعقد على هذا العنوان لأمكن إحراز عدمه بالاستصحاب الجاري في الأعدام الأزلية ونقول الأصل عدم كون الوصف من الأوصاف العرضية المعلومة عند العرف ، فأجاب عنه : بأنّ هذا صحيح لو انعقد الاجماع على مبطلية التعليق في الأوصاف العرضية ولكنّه كما عرفت غير معلوم .

يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(١) وقوله ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(٢) يقتضي إحراز طيب النفس وتحقّق التجارة عن تراض في جواز الأكل والتصرف ، ولم تحرز الطيب ولا التجارة عن تراض في فاقد الوصف حسب الفرض ، فمقتضى العمومات حرمة الأكل والتصرف وعدم صحة المعاملة في المقام .

وبالجملة : نفصّل بين المقام الأول وهذا المقام ونلتزم بالصحة في الأول والبطلان في الثاني لعدم إحراز الرضا بالفاقد ، وهذه المسألة لم أر التعرّض لها في كلمات الأصحاب ، ولعلّ شيخنا الأُستاذ تعرّض لها في غير هذا المقام ، والمسألة وجيهة لا بأس بالتعرّض لها .

القول في أنّ هذا الخيار فوري أو أنّه على التراخي

قد وقع الكلام في أنّ خيار الرؤية فوري أو أنه غير فوري ؟ فذهب بعضهم إلى أنه فوري وبعضهم إلى أنّه على التراخي كما اختلفوا في غير هذا الخيار من الخيارات المتقدّمة ، والكلام في ذلك يقع أوّلاً فيما يقتضيه الأصل العملي أو غيره من القواعد العامة ، وأُخرى فيما يقتضيه النص الوارد في المقام ، وكذا يقع البحث تارة فيما إذا كان هذا الخيار من أفراد خيار تخلّف الشرط كما هو ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وأُخرى فيما إذا كان خيار الرؤية خياراً آخر غير خيار تخلّف الشرط على ما قوّيناه سابقاً .

أمّا ما يقتضيه الأصل أو غيره من القواعد العامّة فقد تقدّم الكلام فيه في

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

خيار الغبن(١) وقد ذكرنا هناك أنّ مقتضى العمومات كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(٢) أو قوله : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾(٣) الخ وغيرهما من العمومات لزوم المعاملة في جميع الأزمنة والحالات وإنّما نخرج عنها في زمان قام الدليل فيه على الخيار ، وأمّا في غيره من الأزمنة التي نشك فيها في ثبوت الخيار فالمرجع فيها هو العمومات والاطلاقات ، لأنها كما تدلّ على العموم الافرادي كذلك تدلّ على العموم الأزماني ، ففي غير الزمان الذي دلّ الدليل فيه على الخيار نتمسك بعموم الأدلّة كما عرفت ، هذا ما يقتضيه الأصل أو القواعد العامّة .

وأمّا إذا قلنا بأنّ خيار الرؤية من أحد أفراد خيار تخلّف الشرط فيكون حاله حال ذلك الخيار ، وقد تقدّم أنّ الفورية والتراخي في خيار تخلّف الشرط تابعتان للاشتراط ، فلابدّ من ملاحظة أنّ الاشتراط يقتضي الخيار عند التخلّف على وجه الفور أو على وجه التراخي ، وحيث إنّ الخيار عند تخلّف الشرط ثبت بالارتكاز فلابدّ من ملاحظة أنّ الارتكاز عند العقلاء هل هو على ثبوت الخيار متراخياً أو على وجه الفور ، وذكرنا هناك أنّ المرتكز عند العقلاء في موارد تخلّف الشرط ليس هو الخيار في الآن الأول من زمان ثبوت الخيار آناً دقياً فلسفياً بحيث لو لم يعمل بالخيار في الآن الحقيقي من زمان الخيار يسقط خياره ولا يتمكّن من الفسخ أو الامضاء بعده ، كما أنّ الارتكاز ليس على ثبوت الخيار إلى الأبد ، فلا محالة يتعيّن الأمر بين الأمرين وهو ثبوت الخيار فورياً عرفياً بحيث لا يعدّ عند العرف متهاوناً ، وهذا يختلف باختلاف الموارد والمبيع فربما يرى العرف التأخير نصف يوم

---

(١) راجع المجلّد الثالث من هذا الكتاب الصفحة ٤١٠ وما بعدها .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

من التهاون كما في الأشياء الحقيرة وأُخرى يرى التأخير يوماً أو يومين من عدم التهاون كما في بيع الأشياء الخطيرة المحتاجة إلى التروّي والفكر كما تقدّم تفصيله في خيار تخلّف الشرط فراجع(١)، هذا كلّه بناءً على أنّ هذا الخيار من أحد أفراد خيار تخلّف الشرط .

وأمّا ما يقتضيه النص الوارد في المقام فقد دلّت رواية جميل بن درّاج(٢) على أنه لو قلّب منها أو فتّش ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية ، وإضافة الخيار إلى الرؤية لا تخلو عن أحد وجوه ثلاثة حسب ما يقتضيه استقراء كلمات الأصحاب في سائر الخيارات :

الأول : أن تكون إضافة الخيار إلى شيء من باب إضافة الخيار إلى سببه ومقتضيه كما في خيار الغبن فإنّهم يريدون بذلك أنّ الغبن سبب للخيار ، وهذا التعبير وإن لم يقع في كلام الإمام (عليه السلام) إلّا أنّ اصطلاح الأصحاب إنّما جرى على ذلك ، فيريدون من مثل خيار الغبن وإضافته إليه الخيار المسبّب عن الغبن ، ولعلّه من ذلك القبيل إضافة الخيار إلى العيب في قولهم خيار العيب بناءً على أنّ العيب سبب الخيار ، وأمّا بناءً على إرادة المعيب من العيب كما ربما يطلق ويراد منه ذلك فيكون نظير خيار الحيوان الآتي ذكره .

الثاني : أن تكون الاضافة من قبيل إضافة الخيار إلى المبيع كما في خيار الحيوان لأنه بمعنى الخيار الثابت في المبيع الذي هو الحيوان ، ومنه خيار العيب بناءً على إرادة المعيب منه .

الثالث : أن تكون الاضافة من باب إضافة الخيار إلى ظرفه كما في خيار

(١) لاحظ المجلّد الثالث من هذا الكتاب مبحث خيار الشرط فإنّه لم يتقدّم منه ذلك .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٨ / أبواب الخيار ب ١٥ ح ١ .

المجلس ، هذه هي الأنحاء الثلاثة المحتملة في إضافة الخيار إلى الرؤية في المقام .

أمّا الاحتمال الثاني وهو كون الاضافة من إضافة الخيار إلى المبيع فمقطوع العدم في المقام ، لأنّ الرؤية ليست بمبيع حتّى تكون إضافة الخيار إليها نظير إضافة الخيار إلى الحيوان ، فيدور الأمر بين احتمالي إرادة السبب والظرف .

أمّا احتمال أن تكون الاضافة من باب إضافة الخيار إلى سببه فيندفع بوجهين :

الأول : أنّ الخيار في المقام إنّما ينشأ من عدم الوصف في المبيع وليس سببه الرؤية كما هو ظاهر .

وهذا يمكن المناقشة فيه بأنّ السبب في الخيار وإن كان عدم تحقّق الوصف في المبيع إلّا أنّ الرؤية في كلام الإمام (عليه السلام) إنّما اُخذت مرآةً وطريقاً إلى ما هو السبب واقعاً كما وقع نظير ذلك في قوله تعالى : ﴿**وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمْ**﴾(١) الخ ، فإنّ الغاية للأكل والشرب هو طلوع الفجر دون العلم بتحقّقه كما هو معنى التبيّن ، إلّا أنه اُخذ طريقاً إلى ما هو الغاية الواقعية وهي طلوع الفجر (بناءً على أنّ الغاية ليست هو ظهور الفجر بل مجرد طلوعه ، لا أنه يعتبر انبساطه بعد الطلوع في حرمة الأكل والشرب كما ربما قيل) فهذا الوجه قابل الدفع .

الوجه الثاني وهو الذي لا يمكن ردّه : أنّ مفروض كلام السائل أنه فتّش الضيعة ثم رآها على ما لم يكن رآها عليه قبل ذلك وظهر عدم اتّصافها بالوصف وعليه فذكر لفظة الرؤية وإضافة الخيار إليها يكون مستدركاً ولا يترتّب عليه أي ثمرة بناءً على إرادة السبب منها ، وذلك لأنه (عليه السلام) لو كان اكتفى بذكر الخيار فقط بلا إضافته إلى الرؤية لما أخلّ بشيء ولما فات عنه غرض ، وذلك لأنّ الرؤية

---

(١) البقرة ٢ : ١٨٧ .

وتحقّقها مفروضتان في الرواية ، ومعه يكون ذكر كلمة الخيار بمثابة إضافتها إلى الرؤية فلم يكن يحتاج إلى ذكر لفظة الرؤية أبداً ، وهذا بخلاف ما إذا حملنا الاضافة على إضافة المظروف إلى ظرفه فإنه لا يلزم منه اللغوية في الكلام فإنّ معناه حينئذ أنه له الخيار إذا رآها أو في حالة الرؤية ، وليس في هذا التعبير أي بشاعة ، وعليه فالاضافة إلى الرؤية إضافة المظروف إلى ظرفه نظير خيار المجلس ، بل طبع القضية يقتضي حملها على الظرفية كما تراه عند تبديله بالفارسية فإنّا لو كنّا أجبنا السائل في الرواية بالفارسية لذكرنا ما مضمونه (براي او خيار است وقتى كه ديد) .

والثمرة بين كون الاضافة من باب إضافة المسبّب إلى سببه أو إضافة المظروف إلى ظرفه تظهر في التمسك باطلاق الرواية لاثبات التراخي ، وذلك لأنّا إذا حملنا الاضافة على السببية فمعنى الرواية حينئذ أنّ الرؤية على خلاف ما وصف له سبب في ثبوت الخيار ، وحيث إنه مطلق وغير مقيّد بساعة أو ساعتين حيث لم يدلّ على أنّ الرؤية سبب للخيار في ساعة فيتمسك باطلاقها وبه يثبت الخيار إلى الأبد ، اللهمّ إلّا أن يقول الخصم بعدم كون الرواية في مقام البيان من هذه الجهة وأنّى له باثباته كما تمسّكنا بذلك الاطلاق في خيار التأخير وقلنا إنّ الإمام (عليه السلام) جعل التأخير ثلاثة أيام سبباً لخيار البائع بلا تقييده بوقت وتمسّكنا باطلاقه وبه أثبتنا الخيار حتى فيما لو جاء بالثمن بعد الثلاثة .

وأمّا إذا حملنا الاضافة على إضافة المظروف إلى ظرفه فلا يصح التمسك باطلاقها ، وذلك لأنها إنما دلّت على ثبوت الخيار في حال الرؤية أو إذا رأى لا مطلقاً وإلى الأبد ، هذا كلّه بناءً على ظهور الرواية في كون الاضافة من إضافة المظروف إلى ظرفه .

وعلى تقدير عدم ظهورها في ذلك فلا أقل لا تكون ظاهرة في الاضافة السببية ، فتكون مجملة ولا يمكن التمسّك باطلاقها لاثبات التراخي .

ثم إنه على ما ذكرناه من ظهور الرواية في الاضافة الظرفية إن قلنا بأنّ هذا الخيار نظير خيار المجلس في كونه مستمرّاً باستمرار ظرفه فيثبت بذلك ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عن أحمد بن حنبل من استمرار خيار الرؤية بامتداد مجلس الرؤية ، وأمّا إذا قلنا بأنّ ظاهر الرواية ثبوت الخيار له حال الرؤية ولا دلالة فيها على ثبوته ما دام مجلس الرؤية باقياً فلا يمكننا موافقة ما ذكره أحمد بن حنبل ، بل لابدّ من الأخذ بما هو ظاهر الرواية من ثبوت الخيار حال الرؤية ، إلّا أنّ المراد منه كما أشرنا إليه سابقاً ليس هو الآن العقلي الفلسفي بل المراد هو الحال العرفي الذي لا يرون التأخير إليه مسامحة وتهاوناً ، فثبت بالرواية الفورية العرفية ولا يمكننا إثبات التراخي بوجه .

ثمّ إنّ ما ذكره أحمد وإن لم يصح كما عرفت إلّا أنّ الوجه فيه ما أشرنا إليه ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّا لم نجد له دليلاً ، بل ما ذكره أحمد أولى ممّا ذكره القائلون بالتراخي فلا تغفل .

القول في مسقطات هذا الخيار

لا ينبغي الاشكال في سقوط خيار الرؤية باسقاطه بعد الرؤية ، لما مرّ غير مرّة من أنّ الحقوق تقبل الاسقاط ، ولا إشكال في أنّ خيار الرؤية كبقية الخيارات من الحقوق ، وإنّما الكلام في صحة إسقاطه قبل الرؤية ، وأشكل منه اشتراط سقوطه في ضمن العقد ، وذلك لأنّ خيار الرؤية ليس نظير خيار الغبن ثابتاً من حين العقد حتى تكون الرؤية في المقام كالعلم بالغبن طريقاً وكاشفاً عن ثبوت الخيار من زمان العقد ، بل إنّما دلّت الرواية على ثبوت هذا الخيار حال الرؤية دون قبلها ، وعليه فيكون إسقاطه قبل رؤية المبيع من إسقاط ما لم يجب ، إلّا أنّك عرفت الجواب عن

ذلك سابقاً[١] وقلنا إنّ إسقاط ما لم يجب ممّا لم يقم برهان على استحالته ، ولا مانع عقلاً من طلاق المرأة قبل أن يتزوّجها أو بيع ما لم يشتره بعد ونحوهما على نحو الواجب المشروط بأن يسقط فعلاً ما سيثبت له في محلّه من الخيار ، لا أنّه يسقط الخيار بالفعل فإنه لم يثبت له فعلاً والمعدوم كيف يعقل إسقاطه ، وإنّما قلنا بعدم جوازه لأجل انعقاد الاجماع على بطلانه ، بل ثبوت السيرة الارتكازية من العقلاء على عدمه فإنّهم لا يطلّقون امرأة لم يتزوّجوها أو لا يهبون مالاً لم يشتروه بعدُ والاجماع والارتكاز غير متحقّقين فيما إذا ثبت المقتضي للخيار وهو العقد والمعاملة ولا يرون إسقاط الحق المحتمل حينئذ باطلاً كما تقدّم تفصيله سابقاً ، فلا مانع من إسقاط هذا الخيار قبل الرؤية من جهة كونه إسقاطاً لما لم يجب ، هذا كلّه في الاسقاط القولي .

وأمّا الاسقاط الفعلي فملخّص الكلام فيه : أنّ الفعل إن كان بقصد إسقاط الخيار فلا إشكال في سقوطه به لأنّه لا يعتبر في الاسقاط اللفظ ، وأمّا إذا لم يكن بهذا القصد فلا يسقط به الخيار ولو كان له ظهور نوعي في الاسقاط ، وذلك لما مرّ من أنّه لم يقم دليل على أنّ مجرد الفعل يسقط الخيار إلّا في خيار الحيوان حيث دلّ على أنّ اللمس ونحوه يوجب سقوط الخيار مطلقاً صدر بقصد الرضا والاسقاط أم لم يصدر بهذا القصد ، وأمّا في المقام فلا .

نعم يمكن أن يقال بناء على ما قوّيناه من أنّ خيار الرؤية خيار مستقل ثبت على خلاف القاعدة : إنّ بعض الأفعال كالاتلاف الحقيقي قبل الرؤية يوجب السقوط وإن لم يكن بقصد الاسقاط ، وذلك لأنه على خلاف القاعدة ولا يمكن التعدّي من مورد النص إلى غيره ، ومورده صورة بقاء العين ورؤيتها على خلاف

---

(١) راجع المجلّد الثالث من هذا الكتاب الصفحة ٩٦ .

التوصيف ، وأمّا مع إتلافها قبل الرؤية وانكشاف عدم اتّصافه به بعد التلف فلا دليل على ثبوت الخيار حينئذ وردّ بدله إلى مالكه واسترداد الثمن ، بل مورد النص هو بقاؤه وتمكّنه من ردّ عين المال إلى مالكه ، وهذا لا من جهة أنّ الخيار متعلّق بالعين بل إنما تعلّق بالعقد ، ولكن المقتضي لثبوته قاصر في المقام لأنّ الرواية كما عرفت لا تشمل صورة إتلاف العين ، وأمّا الاتلافات الحكمية كالهبة ونحوها فهي لا تمنع عن هذا الخيار لامكان رؤية المبيع حينئذ على خلاف ما وصف له ، بمعنى أنه يصدق الرؤية على خلاف الوصف حينئذ بخلاف صورة التلف الحقيقي فلا تغفل ، هذا كلّه في إسقاط الخيار قبل الرؤية .

وأمّا اشتراط سقوطه في ضمن العقد ففيه وجوه وأقوال : فربما يقال بفساد ذلك الشرط بلا إفساده للعقد ، فالمعاملة صحيحة والاشتراط فاسد . وأُخرى يقال بفساد الشرط والمعاملة من جهة أنّ فساد الشرط يوجب فسادها كما حكي عن العلّامة (قدّس سرّه)(١) وقرّبه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢). وثالثة يقال بصحة كل من الشرط والمعاملة ، وهذه أقوال المسألة وهي ثلاثة :

أمّا القول الأول فالمستند فيه ما تقدّمت الاشارة إليه سابقاً من أنّ الاسقاط قبل الرؤية من باب إسقاط ما لم يجب ، فيكون اشتراط سقوطه اشتراطاً لسقوط ما لم يجب وهو فاسد ، فيكون الاشتراط فاسداً وهو كالعدم ، وتبقى المعاملة المجرّدة عن الشرط صحيحة .

وأمّا المستند للقول الثاني وهو الذي ذهب إليه العلّامة وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّهما) فهو ما أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ اشتراط سقوط

---

(١) التذكرة ١٠ : ٥٩ .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٥٩ .

الخيار يوجب غررية المعاملة ، وذلك لأنّ الغرر وإن لم يرتفع بالخيار ، لأنّ الخيار حكم شرعي يثبت في المعاملة بعد صحّتها في نفسها فلا يمكن تصحيح المعاملة بالخيار ، إلّا أنّ بيع الغائب مع اشتراط الأوصاف يرجع إلى التزام البائع بوجود تلك الأوصاف في المعاملة أو بوجودها في المبيع وكونه أمراً مقيّداً بتلك الأوصاف فإنّ اشتراط شيء في المعاملة إمّا أن يرجع إلى اشتراط البيع والالتزام بذلك الشيء أو يرجع إلى تقييد المبيع بذلك الشيء ، وعلى كلا التقديرين يثبت له الخيار عند التخلّف ، فإذا اشترطا سقوط هذا الخيار فهذا الاشتراط معناه أنّ البائع يبيع العين بلا التزام منه بوجود تلك الأوصاف ولا بتقييد المبيع بها ، بل هو يبيع العين سواء كانت واجدة للأوصاف ومتقيّدة بها أم كانت فاقدة لها ، وعليه فتكون المعاملة غررية لعدم العلم بوجود الصفة وعدمه مع مغايرة الفاقدة للواجدة عند العرف فإذا صارت المعاملة غررية وفاسدة فلا يكون للشرط الحاصل في ضمنها اعتبار فتفسد المعاملة مع الشرط .

ومن ذلك يظهر الوجه في القول الثالث وأنّ مدركه عدم لزوم الغرر بالاشتراط ، ولا يكون من إسقاط ما لم يجب كما سيظهر عن قريب .

أمّا القول الأول ، فيدفعه ما تقدّم منّا سابقاً من أنّ إسقاط ما لم يجب ليس مدلولاً لدليل لفظي كي يتمسك باطلاقه ، وإنّما ثبت بالاجماع والسيرة العقلائية القائمة على خلافه ، فإنّهم لا يرتّبون الأثر على مثل إبراء ذمّة أحد عن ثمن مبيع لم يتحقّق بيعه ، ومن الظاهر أنّ الاجماع والارتكاز غير متحقّقين في أمثال المقام ، وقد مرّ عدم الاستحالة العقلية في إسقاط ما لم يجب ، إذ لا مانع عقلاً من أن ينشأ فعلاً سقوط الخيار في ظرفه ، وإذا لم يتحقّق الاجماع ولا الارتكاز على خلافه في المقام فلا محالة يثبت المطلوب ويكون إسقاط الخيار في العقد واشتراطه صحيحاً ، فإذن الأمر يدور بين القول بفساد كل من الشرط والمعاملة والقول بصحة كل منهما ، هذا .

والظاهر أن يفصّل في المقام ويلتزم بالفساد في كل من الشرط والمعاملة فيما إذا كان ارتفاع الغرر في المعاملة مستنداً إلى الخيار ، والالتزام بصحّتهما فيما إذا لم يستند ارتفاع الغرر إليه ، وتوضيح ذلك : أنّ اشتراط شيء في المعاملة كما عرفت يرجع إلى تعليق الالتزام بالمعاملة وتعليق عدم فسخها على وجود ذلك الشرط بحيث إذا تخلّف ولم يتحقّق الشرط لا يجب عليه الالتزام بها ، بل يتمكّن من فسخها وإمضائها ، ولا يرجع الاشتراط إلى تقييد البيع ولا إلى تقييد المبيع كما ادّعاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

أمّا أنّه غير راجع إلى تقييد المبيع فلما مرّ سابقاً من أنّ الموجود الخارجي لا ينقلب عمّا هو عليه ولا يتّسع ولا يتضيّق ، بل هو هو وبحاله ، فلا يوجب اشتراط شيء تضيّق المبيع الخارجي لعدم اتّساعه حتّى يتضيّق ، فلا يعقل فيه التقييد كما لا يعقل فيه الاطلاق .

وأمّا أنّه غير راجع إلى تقييد البيع ، فلأنّ لازمه هو بطلان المعاملة عند عدم اتّصاف المبيع بالصفة كما هو معنى تقييده به دون الخيار . مضافاً إلى أنّ التعليق في العقود يوجب البطلان ، فلا يعقل بحسب الثبوت إلّا أن يكون الاشتراط راجعاً إلى تقييد الالتزام بالمعاملة وتعليقه على وجود الشرط دون تعليق أصل المعاملة بحيث إذا ظهر عدم اتّصاف المبيع بالوصف وعدم وجدانه الشرط يكون له الخيار في فسخ المعاملة وإمضائها ولا يكون ملزماً بالمعاملة .

وعليه فإذا كان المشتري جاهلاً بوجود الصفات في المبيع وكان إقدامه على البيع غررياً وخطرياً خوفاً من أن لا يكون المبيع واجداً للأوصاف المرغوبة فيمكنه التخلّص من هذا الخطر باشتراط الأوصاف في المعاملة الراجع إلى جعل الخيار لنفسه ورفع التزامه بالمعاملة على تقدير عدم تحقّق الأوصاف في المبيع ، فإنّ إقدامه على شراء العين غير المرئية لا يكون خطرياً حينئذ ، إذ له أن يفسخ المعاملة

على تقدير عدم الإتّصاف ، وما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الخيار لا يكون رافعاً للغرر فإنه حكم شرعي ثبت في المعاملة بعد فرض صحتها في نفسها إنّما يتم في الخيارات المجعولة الشرعية دون الخيار المجعول من المتبائعين ، فإنّ الامضاء إنّما يرد على المعاملة بجميع قيودها وشرائطها والمفروض أنها مع ذلك الاشتراط غير غررية فتشملها أدلّة الامضاء كما تقدّم ذلك في محلّه .

وعلى هذا فإذا اعتمد المشتري في رفع الخطر والغرر عن المعاملة على الاشتراط وجعل الخيار لنفسه على تقدير عدم الأوصاف ، فيكون اشتراط سقوط الخيار حينئذ مستلزماً للغرر في المعاملة لأنّها خطرية مع عدم الخيار للمشتري فتفسد المعاملة والشرط .

وأمّا إذا كان رفع الغرر مستنداً إلى توصيف البائع وإخباره بوجود الأوصاف واطمئنانه بوجودها ، وكان ثقة يفيد توصيفه الاطمئنان للمشتري بوجودها فأقدم المشتري على المعاملة مع الاطمئنان بلا خطر ولا غرر ، إلّا أنّ البائع لمّا كان يحتمل الخطأ لأنّ الاحتمال يجتمع مع اطمئنانه بوجود الأوصاف اشترط على المشتري سقوط الخيار حتى تكون المعاملة لازمة على كل حال ، ففي هذه الصورة لا يكون اشتراط سقوط الخيار موجباً للغرر في المعاملة ، فإنّ ارتفاعه لم يستند إلى جعل الخيار بل إلى حصول الاطمئنان بوجودها بإخبار البائع ، وقد عرفت في محلّه أنّ الغرر ليس أمراً واقعياً ، وليس له اصطلاح شرعي حتى يقال ببقائه حتى في صورة الاطمئنان بوجود الأوصاف ، وإنّما هو أمر نفساني وهو احتمال الخطر احتمالاً عقلائياً قوياً ، وهذا يزول بحصول الاطمئنان بوجود الأوصاف (والاحتمال الضعيف لا يترتّب عليه الأثر عند العقلاء) فلا تكون المعاملة خطرية وغررية حينئذ ، وكذلك الحال فيما إذا حصل له الاطمئنان بإخبار غير البائع .

وفي هذه الصورة لا مانع من اشتراط السقوط لعدم صيرورة المعاملة غررية

حينئذ ، فنلتزم بصحّة كل من المعاملة والشرط في هذه الصورة ، وهذا الكلام جارٍ وسارٍ في جميع الموارد والمقامات ولا يختص بالمقام ، فنفصّل بين صورة استناد ارتفاع الغرر إلى جعل الخيار وصورة استناده إلى غيره من الاُمور .

وأمّا وصف الصحة والعيب ، فإن قلنا بعدم خصوصية للعيب ووصف الصحة بين سائر الأوصاف فنلتزم فيها أيضاً بهذا التفصيل ، وأنّ الغرر واحتمال عدم وصف الصحة إن كان مستنداً إلى اشتراطها وجعل الخيار على تقدير عدمها فيكون اشتراط سقوط خيار العيب أيضاً موجباً للغرر في المعاملة فتكون المعاملة والشرط فاسدين ، وأمّا إذا استند إلى إخبار البائع أو غيره أو إلى أصالة الصحة كما سنتكلّم فيها إن شاء الله تعالى فلا يكون اشتراط سقوط الخيار مستلزماً للغرر فتصح كل من المعاملة والشرط .

وأمّا إذا قلنا بأنّ لوصف الصحة خصوصية خاصة من بين سائر الأوصاف وهي ورود النص ودلالته بالمفهوم على صحة التبرّي من العيب في المعاملة ، وأنّ اشتراط براءة البائع عن العيوب صحيح ونافذ ، فحينئذ نلتزم بصحة المعاملة واشتراط سقوط الخيار الراجع إلى بيع نفس العين كانت واجدة للصحة أم كانت فاقدة لا مانع عنه ولو كان مستلزماً للغرر ، وذلك لتخصيص دليله بهذه الرواية الواردة في صحة التبرّي من العيوب ، وذلك لأنّ البطلان بالغرر ليس أمراً برهانياً عقلياً حتى لا يصح تخصيصه بل هو أمر شرعي حيث نهى (صلّى الله عليه وآله) عن الغرر[1] فلا مانع من تخصيصه فيما إذا قام دليل على التخصيص كما في وصف الصحة على ما عرفت .

وأمّا ما ذكره بعضهم على ما نقله شيخنا الأنصاري في آخر كلامه من أنّ

---

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤ ح ٣ .

المعاملة صحيحة حتّى فيما إذا استلزم اشتراط سقوط الخيار الغرر فيها ، من جهة أنّ المشتري هو بنفسه أقدم على الغرر حينئذ ، ومع إقدامه عليه لا وجه لبطلان المعاملة ، فهو من الغرائب وذلك لأنّ مورد نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن الغرر هو صورة إقدام المتبائعين على الغرر وأنّهما إذا أقدما على خطر وغرر فالمعاملة باطلة ، فكيف يكون الاقدام عليه مانعاً عن البطلان .

ولا يقاس الغرر بالضرر فإنّ رفع الضرر حيث كان ناظراً إلى الضرر الناشئ من قبل الشرع لم يكن شاملاً لما إذا كان الضرر مستنداً إلى إقدام نفس المكلّفين بلا أن يستند إلى الشارع كما إذا باع ما يسوى بألف دينار بنصف دينار فإنّ الضرر حينئذ يستند إلى نفس البائع لا إلى الشارع ، وأمّا رفع الغرر فهو كما عرفت وارد في مورد إقدام المكلّفين على الغرر فلا يمكن إخراج صورة الاقدام عنه كما عرفت .

الكلام فيما إذا بذل التفاوت أو أبدل العين

قد تقدّم أنّ هذا الخيار يسقط باشتراط سقوطه في ضمن المعاملة ، ولكنّه لا يسقط فيما إذا بذل البائع التفاوت بين واجد الوصف وفاقده فإنّه بعد ثبوته يحتاج سقوطه إلى دليل ولا دليل على سقوطه ببذل التفاوت ، كما لا وجه لسقوطه فيما إذا أبدل العين فإنه لا حقّ للبائع في إبدالها ، إذ العين صارت ملكاً للمشتري بالمعاملة ولأجل فقد الصفات ثبت له الخيار فلا يصح له الابدال ولا يسقط به الخيار ، كما لا يسقط ببذل التفاوت ، وذلك لاطلاق الرواية من أنّ المشتري له الخيار عند ظهور الخلاف ، هذا كلّه بناءً على أنّه خيار مستقل ، ولاطلاق ما دلّ على خيار تخلّف الشرط بناءً على أنّ خيار الرؤية من أفراد خيار تخلّف الشرط ، اللهمّ إلّا أن يكون ذلك برضا المشتري ، لأنّ ذلك حقّه ولا مانع من تبديل ملكه بملك آخر إلّا أنه مطلب آخر ، وكيف كان فلا دليل على سقوط الخيار بالابدال ، وهذا ظاهر ولا كلام

فيه .

وإنما الكلام فيما إذا اشترط الابدال في ضمن العقد على تقدير عدم الأوصاف في المبيع ، فهل يصح هذا الاشتراط أو أنه فاسد ، ثم هل يوجب ذلك فساد العقد أو لا ؟

والكلام في ذلك يقع في مقامين : أحدهما فيما إذا اشترط الابدال على نحو شرط النتيجة كما فهمه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من كلام الدروس[٢]. وثانيهما : فيما إذا اشترط الابدال على نحو شرط الفعل .

أمّاالكلام في المقام الأول وهو ما إذا اشترط البائع على المشتري أو المشتري على البائع إبدال العين بعين اُخرى على تقدير ظهور الخلاف بنحو شرط النتيجة بأن يسقط ملكيته عن المبيع ويصير البدل ملكاً للمشتري بلا فعل منهما عند ظهور الخلاف ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الشرط فاسد ومفسد للعقد أيضاً تبعاً لما ذكره في الدروس ، وذلك من جهة أنّ البدل إمّا أن يكون بدل الثمن بأن يشترطا أنّ الثمن المدفوع في مقابل المبيع يرجع إلى المشتري عند ظهور الخلاف ثم يقع ثمناً في مقابل البدل ، وإمّا أن يكون بدل المثمن كما إذا اشترطا إبدال العين بعين اُخرى عند ظهور الخلاف .

أمّا إذا كان البدل بدلاً للثمن فهو باطل من جهة أنّه أي شرط الابدال المذكور على خلاف السنّة والشرع ، فإنّ معناه أن تنفسخ المعاملة بنفسها عند ظهور الخلاف ويرجع الثمن إلى المشتري ثم تتحقّق معاملة اُخرى بنفسها بين الثمن والبدل ، ومن الظاهر أنّ فسخ المعاملة له أسباب شرعية ولا يتحقّق بدونها ، وليس ظهور الخلاف

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٦٤ .

(٢) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

من أسبابه ، وانفساخها بنفسها مخالف للشرع .

ودعوى أنّ الفسخ فعلي وإنّما يتحقّق حين الاشتراط والبيع غاية الأمر أنه على نحو الواجب المشروط فيثبت الفسخ فعلاً للمعاملة في ظرف انكشاف الخلاف ، واضحة الفساد لأنّ الفسخ فرع المعاملة ولا معنى لفسخ المعاملة قبل تحقّقها .

ولا يقاس هذا باشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد مع أنّ خياره لا يتحقّق إلّا بعد الرؤية ، فإنّ مرجع هذا الاسقاط إلى جعل المعاملة لازمة وهذا حق للمشتري وله أن يوجدها من الأول لازمة حتى لا يثبت له الخيار وهو دفع للحق وهذا بخلاف الفسخ فإنه قبل صدور المعاملة وصيرورة الثمن ملكاً للمشتري غير صحيح لتوقّفه على تحقّق المعاملة وهذا ظاهر .

كما أنّ توهم تصحيح ذلك بعموم « المؤمنون عند شروطهم »[1] من السقوط بمكان ، والوجه فيه أنّ العموم المذكور ليس مشرّعاً وموجباً لجواز ما هو حرام في نفسه ، وإنّما هو يوجب الالتزام فيما يكون بنفسه أمراً سائغاً وصحيحاً في الشريعة المقدّسة ، ومثله إذا وقع مورد الاشتراط فمقتضى العموم المذكور وجوبه ولزوم العمل على طبقه ، والفسخ قبل المعاملة ممّا لم يثبت جوازه وصحته في الشريعة المقدّسة حتّى يشمله العموم ، إذ الفسخ له أسباب وليس ظهور الخلاف منها ، هذا .

ثم إنّ انعقاد البيع على البدل بعد انفساخ المعاملة أيضاً يحتاج إلى سبب ولا ينعقد بنفسه ، مضافاً إلى أنه معاملة تعليقية فإنه إنّما يتحقّق على تقدير ظهور الخلاف في المبدل ، فالبيع الواقع على البدل باطل من جهتين ، من جهة احتياجه إلى سبب وهو مفقود ومن أجل أنه تعليق .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

فالصحيح أنّ اشتراط الابدال شرط مخالف للشريعة المقدّسة وللسنّة النبوية فيفسد وبفساده تفسد المعاملة ، هذا كلّه فيما إذا كان البدل بدلاً للثمن .

وأمّا إذا كان البدل بدلاً للمثمن كما إذا اشترطا تبدّل المبيع إلى عين غيرها عند ظهور الخلاف ، فهو وإن كان سليماً عن إشكال الفسخ بلا سبب ووقوع العقد على البدل بلا وجه ، إلّا أنه أيضاً فاسد من جهة التعليق في المعاملة ، فإنّ معناه أنّه أنشأ البيع على المبدل إن كان واجداً للصفات وينشئه على البدل إذا لم يكن واجداً له ، والتعليق في العقد يوجب البطلان .

وكذلك فاسد من جهة الغرر لعدم العلم بوجود الصفات في المبدل ، والغرر والتعليق يوجبان الفساد ، وبعد فساد الشرط يفسد العقد ، هذه خلاصة ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام .

ثم تعرّض بعد ذلك لما أفاده صاحب الحدائق في كتابه وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

إلّا أنّ لنا كلاماً في المقام أمّا أوّلاً : فلأنّ كلام الدروس صريح في اشتراط الابدال على نحو شرط الفعل لا على نحو شرط النتيجة حيث إنه (قدّس سرّه) عبّر بلفظ الإبدال ، ومن البديهي أنّ الابدال فعل من الأفعال وليس من قبيل النتائج وإلّا لكان أن يقول هل اشتراط البدلية صحيح أو باطل ، واشتراط الابدال بنحو شرط الفعل ممّا لا كلام في صحته ، لأنه يرجع إلى اشتراط إسقاط خيار الرؤية للمشتري عند ظهور الخلاف ، واشتراط الابدال على البائع أعني اشتراط تمليكه البدل بأسبابه ، ومن الظاهر أنّ تمليك البائع للبدل وإسقاط المشتري خيار الرؤية أمران سائغان في نفسهما فلا مانع من اشتراطهما في العقد ، بل اشتراط الابدال بنحو شرط الفعل هو الدارج الشائع بين المتعاملين فإنّهم كما ترى يشترون عيناً ويشترطون الابدال فيما لو ظهر كذا .

وأمّا ثانياً : فلأنّ اشتراط الابدال على نحو شرط النتيجة وإن كان فاسداً وعلى خلاف السنّة كما عرفت ، إلّا أنه لا وجه لافساده العقد ، فإنّ المشهور بين المتأخرين عدم فساد المعاملة بفساد شرطها ، وما نحن فيه من أحد مصاديقه ، فلا وجه لبطلان العقد ولا لدعوى الشهرة على بطلانه عند بطلان الشرط .

ودعوى أنّ فساد العقد حينئذ من جهة الغرر فإنّ مقصود البائع أو المشتري من اشتراط الابدال على تقدير ظهور الخلاف إنّما هو دفع الغرر لارتفاعه باشتراط الابدال ، فإذا حكمنا ببطلان ذلك الاشتراط وفساده فصار كالعدم فقد عاد الغرر في المعاملة لاحتمال عدم الأوصاف في المبيع ، ففساد المعاملة من جهة الغرر .

مدفوعة بأنّ ظاهر كلام الشهيد (قدّس سرّه) إنّما هو في صحة الاشتراط المذكور بعد فرض صحة المعاملة في حد نفسها مع قطع النظر عن الاشتراط كما إذا اطمأنّ بإخبار البائع أو بإخبار غيره لفرض كون البائع مطمئناً بوجود الأوصاف وإنّما يشترط الابدال لأجل الاحتمال الموهوم لعدم اتّصافه بالأوصاف ، وعليه فلا وجه لفساد المعاملة بفساد شرطها ، هذا كلّه .

مضافاً إلى ما عرفت من أنّ الغالب في اشتراط الابدال هو القسم الثاني من الاشتراط أعني اشتراطه على نحو شرط الفعل ، ومعه لا يأتي إشكال الفسخ وانعقاد المعاملة بلا سبب ، ومرجعه إلى اشتراط تمليك البدل للمشتري أعني المعاوضة بسبب جديد ، وحينئذ إذا أبدله البائع عند ظهور الخلاف فهو ، فلم يقع المشتري في الخطر لتحصيله الأوصاف بالابدال ، وإن لم يبدله البائع فيثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط وله أن يفسخ المعاملة بهذا الخيار . وكيف كان فلا تكون المعاملة المذكورة غررية وخطرية ، هذا كلّه .

ثمّ إنّ هنا قسماً ثالثاً وهو أن يبيعه البائع المبدل على تقدير وجود الأوصاف والبدل على تقدير عدمها بأن تكون المعاملة من الابتداء واقعة على النحو المذكور

وهو لا إشكال في بطلانه من جهة عدم تعيين المبيع وكونها تعليقية ، إلّا أنّ احتمال هذا القسم في كلام الدروس بعيد ، لأنه مناسب للبحث في العوضين ولا يناسب بحث خيار الرؤية كما لا يخفى ، فالمتعيّن هو إرادة القسم الثاني أعني اشتراط الابدال على نحو شرط الفعل ، وعليه فنحن نتعجّب من الدروس كيف رضي بالحكم بالفساد والافساد فيه .

ملخّص المقال : أنّ اشتراط الابدال في المعاملة إن كان على نحو شرط الفعل كما هو ظاهر لفظة الابدال فمرجعه إلى اشتراط معاملة اُخرى على البدل ، وهي أمر سائغ شرعاً فلا مانع من اشتراطه ، وغاية الأمر أنه إذا تخلّف ولم يبع البدل على تقدير ظهور التخلّف يثبت له خيار تخلّف الشرط ، وفي هذه الصورة الشرط والعقد كلاهما صحيحان .

وإن كان الاشتراط على نحو شرط النتيجة فقد تقدّم أنّ الشرط حينئذ فاسد لمخالفته المشروع ، إلّا أنّ العقد صحيح ولا وجه لفساده بناء على ما هو المشهور بين المتأخرين من عدم إفساد الشرط الفاسد للعقد .

وإن كان الاشتراط على نحو المعاملة التعليقية من الابتداء كما إذا قال : بعتك هذه العين الشخصية إن كانت واجدة للصفات ، وبدلها إن كانت فاقدة ، ففي هذه الصورة يبطل العقد والشرط لأنّها معاملة تعليقية والمبيع غير معلوم فيها ، إلّا أنّ احتمال إرادة الشهيد هذه الصورة بعيد ، لأنّ ظاهر كلامه (قدّس سرّه) هو فساد الشرط بعد صحة العقد في حد نفسه لا بطلانه للتعليق .

وأمّا ما أفاده صاحب الحدائق (قدّس سرّه)(١) في المقام فالظاهر أنه غير قابل للحل بل هو يشبه المعمّى ، وذلك لأنه (قدّس سرّه) قال بعد نقل عبارة الشهيد في

---

(١) الحدائق ١٩ : ٥٩ .

الدروس : إنّ ظاهر كلام الشهيد أنّ حكمه بالفساد والافساد أعم من صورتي ظهور الموافقة في المبيع وكونه واجداً للصفات وظهور المخالفة وعدم كونه واجداً لها ، وأنّ اشتراط الابدال على تقدير المخالفة فاسد ويفسد العقد مطلقاً ، مع أنه لا موجب لفساد العقد عند ظهور الموافقة ووجدان المبيع للأوصاف ، ومجرد اشتراط الابدال على تقدير ظهور المخالفة لا يستلزم فساد العقد عند ظهور الموافقة وذلك لعموم الأخبار المتقدّمة .

وما أراد بالأخبار المتقدّمة غير معلوم ، وهب أنّ المراد هو الأخبار الدالّة على الخيار عند عدم رؤية المبيع وظهور الخلاف فإنّها بالدلالة الالتزامية دلّت على صحة العقد عند ظهور الموافقة ووجدان المبيع للأوصاف ، وظاهر كلامه إلى هنا أنّ وجه الايراد على الشهيد هو تعميمه الحكم بالفساد لكلتا صورتي الموافقة والمخالفة .

ثم قال (قدّس سرّه) نعم لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من حيث المخالفة ولا يجبره هذا الشرط ، لاطلاق الأخبار في الخيار ، بمعنى أنّ الشرط بمقتضى إطلاق الأخبار لا يكون جابراً لفساد العقد عند ظهور المخالفة .

وكلامه هذا غير قابل للحل ، فإنّ مدّعاه فساد العقد ودليله إطلاق أخبار الخيار ، وهل يعقل أن يكون إطلاق الأخبار في الخيار دليلاً على فساد العقد ، فإنّ التمسّك باطلاقها إنّما يصح بعد صحة العقد في نفسه ، ومع فساد العقد لا خيار ولا إطلاق .

ثم أرجع (قدّس سرّه) الحكم بالفساد في كلام الشهيد (قدّس سرّه) إلى الشرط المذكور أعني اشتراط الابدال لأنه فاسد أي ممّا لا يترتّب عليه أثر في كلتا صورتي ظهور الموافقة وظهور المخالفة . أمّا في صورة ظهور الموافقة فلأنه لا موضوع للابدال ، إذ المفروض اتّصاف المبيع بالأوصاف ، وأمّا في صورة ظهور المخالفة

فلأجل فساد العقد في حدّ نفسه ومعه لا مجال للاشتراط .

ثم قال : وبالجملة فإنّي لا أعرف للحكم بفساد العقد في صورة اشتراط الابدال على نحو الاطلاق ظهرت الموافقة أم ظهرت المخالفة وجهاً يحمل عليه كلام الشهيد ، انتهى .

وصدر كلامه وذيله ظاهران في أنّ إيراده على الشهيد من جهة تعميمه الحكم بالفساد لصورتي ظهور الموافقة وظهور المخالفة ، وظاهر وسط كلامه الاستدلال على فساد العقد في صورة ظهور المخالفة باطلاق أخبار الخيار ، وهذا الكلام غير قابل للحل .

القول في اختصاص هذا الخيار بالبيع وعدمه

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الظاهر عدم اختصاص خيار الرؤية بالبيع وجريانه في سائر العقود نظير خيار الغبن ، فيجري في الصلح والاجارة ونحوهما عند ظهور عدم اتّصاف العين المستأجرة بالأوصاف التي قد وصفت بها العين ، وذلك لأنّ الأمر في المقام دائر بين احتمالات ثلاث ولا رابع في البين : فإمّا أن نحكم ببطلان مثل الاجارة عند ظهور خلاف الوصف ، وإمّا أن نحكم بصحّتها وعلى هذا التقدير إمّا أن نحكم بالصحة واللزوم أو نحكم بالصحة والجواز .

الاحتمال الثالث وهو الصحة مع الجواز هو المدّعى في المقام ، وأمّا الاحتمالان السابقان فكلاهما باطلان ، أمّا احتمال البطلان فلأنّه بلا موجب بعد عدم مدخلية الأوصاف الكمالية في قوام المبيع إلّا على ما ذكره الأردبيلي (قدّس سرّه) من مخالفة

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٦٦ .

الموجود لما وقع عليه العقد وقد تقدّم[١] بطلانه فإنّه مخالف لما جرى عليه الأصحاب من عدم الحكم بالفساد عند ظهور تخلّف الشروط والأوصاف .

وأمّا احتمال الصحة مع الحكم باللزوم فلأنّه لا يأتي في المقام ، لعدم جريان ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] عند تخلّف الأوصاف ، فإنّ العرف لا يرى الالتزام بالفاقد وفاءً بما وقع عليه العقد كما لا يرى عدمه نقضاً للعقد ، فإنّ الفاقد أمر مغاير للواجد والعقد إنّما وقع على الواجد كما هو ظاهر ، فإذا بطل الاحتمالان فيتعيّن الثالث إذ لا رابع في البين ، هذا .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنّا كما أسمعناك سابقاً ذكرنا أنّ الخيار عند تخلّف الوصف تارةً من باب خيار تخلّف الشرط كما إذا اشترط وجود الأوصاف المعيّنة في العين المستأجرة ثمّ ظهر التخلّف وعدم اتّصافها بها ، وأُخرى من جهة ورود النص في أن ظهور المبيع على خلاف الوصف يوجب الخيار كما إذا اشتراه بوصف البائع بلا التزامه بالوصف ، أو من جهة اعتقاده واطمئنانه باتّصاف المبيع بوصف .

فإن قلنا بالأول وأنّ هذا الخيار من باب خيار تخلّف الشرط فلا ينبغي الاشكال في جريانه في جميع الأبواب ، لأنّ الخيار عند تخلّف الشرط أمر ارتكازي عقلائي بلا فرق فيه بين البيع وغيره ، وعليه فلا حاجة في إجراء ذلك في الاجارة والصلح وغيرهما من الأبواب إلى التشبّث بما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فإنّ الخيار في سائر العقود يثبت بعين الدليل الذي ثبت به في البيع بلا حاجة إلى التعدّي ، وهو على طبق القاعدة ، فلا وجه لتبعيد المسافة وذكر الاحتمالات المتقدّمة

---

(١) في الصفحة ٨٤.

(٢) المائدة ٥ : ١.

لأنّه يشبه الأكل من القفا .

وأمّا إذا قلنا بالثاني كما بنينا عليه وذكرنا أنّه خيار مستقل وليس من باب خيار تخلّف الشرط واستدللنا عليه بقول السائل في رواية جميل « فاستقال صاحبه فلم يقله »(١) فإنّ الوصف لو كان مشترطاً في العقد لما كان حينئذ للاستقالة وجه ، فإنّ الخيار عند تخلّف الشرط ارتكازي عقلائي فحينئذ لابدّ من الاقتصار على البيع ، ولا يمكننا التعدّي إلى الاجارة وغيرها إذ لا مقتضي له .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من حصر الاحتمالات في الثلاثة فهو وإن كان كما أفاده إلّا أنه لا مانع من الالتزام بالاحتمال الثاني وهو اللزوم .

ودعوى أنّ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا يشمل المقام لأنّ الالتزام بالفاقد لا يعدّ وفاءً للعقد ولا عدمه نقضاً له .

يدفعها أوّلاً : المنع من عدم كونه وفاءً ، فإنّ المالك بعد عدم اشتراطه الأوصاف في العين وعدم التزامه بوجودها ووقوع العقد على نفس العين بلا اشتراط لأجل توصيفها أو لأجل اطمئنان المستأجر بوجود الأوصاف في العين المستأجرة فلماذا لا يعدّ عدم الالتزام به نقضاً للعقد ولا يعدّ الالتزام به وفاءً .

وثانياً : هب أنّ ذلك لا يعدّ وفاءً ولا يشمله دليل اللزوم فهل يكفي عدم شمول دليل اللزوم لعقد في إثبات الجواز بعد عدم ارتفاع احتمال اللزوم كاحتمال الجواز ، ولو لم يتمكّن الخصم من إثبات اللزوم فهل له إثبات الجواز بدليل وبأيّ شيء أثبت الجواز فإنّه أيضاً يحتاج إلى دليل .

وثالثاً : افرض أنّ الوفاء لا يصدق في المقام ولا يشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهلّا يجري في المقام سائر أدلّة اللزوم ، لأنّها غير منحصرة في ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ومقتضى

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٨ / أبواب الخيار ب ١٥ ح ١ .

قوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(١) وقوله : « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »(٢) عدم جواز الفسخ ، لأنّ الفسخ ليس تجارة عن تراضٍ ، فبأي قانون يصح له التصرّف في المال .

ورابعاً : أنّ مقتضى مسلكه (قدّس سرّه) صحة جريان الاستصحاب حينئذ بعد الفسخ ، ومعه لا مجال لدعوى الجواز . وكيف كان فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لا يمكن المساعدة عليه ولا كان مترقّباً منه (قدّس سرّه) .

اختلاف البائع والمشتري في تخلّف الوصف

وإذا اختلفا في تخلّف الوصف وعدمه فهو يتصوّر على وجوه ثلاث :

الأول : أن يكون مورد النزاع هو أصل اشتراط الوصف في المبيع ، وادّعى المشتري اشتراط الوصف فيه وحيث إنّه مفقود فيثبت له الخيار ، وأنكر البائع الاشتراط أعني اشتراط الوصف وأنّ المعاملة وقعت بلا اشتراط وصف فليس للمشتري الخيار .

الثاني : أن يتنازعا في متعلّق الاشتراط بعد الاتّفاق على اشتراط شيء من الأوصاف ، فادّعى البائع أنّ متعلّق الاشتراط هو وصف الخياطة وهي موجودة متحقّقة في المبيع فلا تخلّف ولا خيار ، وأنكره المشتري وادّعى أنّ متعلّقه هو وصف الكتابة وهي مفقودة ، فالوصف متخلّف وله الخيار . وهذه الصورة بالأخرة ترجع إلى الصورة الأُولى من حيث إنكار اشتراط صفة الكتابة .

الثالث : أن يتّفقا على أصل الاشتراط وعلى متعلّقه ، إلّا أنّهما تنازعا في أنّ

---

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

المبيع كان واجداً للوصف المشترط حين المعاملة ثم زال عنه الوصف، أو أنه لم يكن واجداً له حين المعاملة والشراء، وادّعى البائع زواله بعد المعاملة والشراء وقال المشتري بل لم يكن واجداً للوصف حين المعاملة، وهذه هي الصور المتصوّرة في المقام، وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وإن لم يتعرّض إلى جميع الصور الثلاثة في كلامه إلّا أنّ حكمها يظهر ممّا أفاده في المقام.

فيقع الكلام أوّلاً في الصورة الأُولى والصورة الثانية الراجعة إلى الأُولى فنقول: إذا اختلفا في أصل اشتراط الوصف في المبيع أو في متعلّقه فهل يقدّم قول المشتري وبه يثبت له الخيار، أو أنّ القول قول البائع والمعاملة لازمة لا خيار فيها للمشتري بعد الفراغ عن صحة المعاملة في نفسها وكون المبيع ملكاً للمشتري وإنّما الكلام في ثبوت الخيار له وعدمه، ذهب إلى كلٍ فريق.

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ القول قول المشتري، وهذا لا من أجل موافقة قوله للأصل فإنّ الأصل عدم ثبوت الخيار، بل من جهة أنّ اشتراط الوصف يرجع إلى تقيّد المبيع، ويغاير هذا الاشتراط أي اشتراط الأوصاف اشتراط الأفعال، فإنّ اشتراط الفعل في المعاملة كاشتراط خياطة ثوب أو كتابة شيء يرجع إلى التزام آخر في ضمن الالتزام بالبيع، وعند الشك في أصل الاشتراط وما يرجع إليه ندفع الالتزام الزائد المشكوك بالأصل وبه نثبت عدم الاشتراط.

وأمّا اشتراط الأوصاف فهو لا يرجع إلى التزام آخر زائداً على التزام البيع بل يرجع إلى تقيّد المبيع، فيكون هناك التزام واحد متعلّق بالمقيّد بالوصف، وعليه فإذا شككنا في الاشتراط بالوصف فمرجعه إلى أنّ البيع والالتزام هل وقعا على الذات المطلقة كانت واجدة للوصف أو فاقدة له حتّى تكون المعاملة لازمة عند

---

(١) المكاسب ٥: ٢٦٧.

تخلّف الوصف ، أو أنّهما وقعا على الذات المقيّدة بالوصف فعند تخلّف الوصف يثبت للمشتري الخيار ولا تبطل المعاملة لما ذكره (قدّس سرّه) في مطاوي كلماته سابقاً من أنّ الاستقراء والاجماع يقتضيان عدم بطلان العقد عند تخلّف الأوصاف ، ومن الظاهر أنّ لزوم المعاملة كما عرفت من آثار وقوع البيع والالتزام على الذات المطلقة كانت واجدة للوصف أم كانت فاقدة له ، وحيث نشك في وقوعهما على الذات المطلقة فندفعه بأصالة عدم وقوعهما على المطلق وبه يرتفع اللزوم لا محالة .

ولا تعارض الأصالة المذكورة أصالة عدم وقوعهما على الذات المقيّدة بالوصف فإنّها لا تثبت وقوعهما على الذات المطلقة حتى تقتضي لزوم المعاملة فأصالة عدم وقوع البيع والالتزام على الذات المطلقة بلا معارض وهي تقتضي عدم لزوم المعاملة ، فلا محالة تكون المعاملة غير لازمة بعد الفراغ عن صحّتها وعدم بطلانها ، هذه خلاصة ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام وفي مسألة تخلّف الوصف في المبيع .

ويرد عليه أوّلاً : أنّ تقييد المبيع غير ممكن لأنّه جزئي خاص ولا معنى لتقييده ، كما أنّ تقييد أصل البيع بوجود الوصف على خلاف الارتكاز عند العقلاء فإنّهم لا يعلّقون البيع على وجود الوصف عند اشتراطه .

مضافاً إلى أنّ التعليق باطل في العقود بالاجماع ، وعليه فمرجع اشتراط الأوصاف كاشتراط الأفعال إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلّف ، بلا فرق بين اشتراط الوصف والفعل في ذلك ، نعم بينهما فرق من ناحية اُخرى وهي أنّ الفعل لمّا كان تحت اختيار المتعاملين أمكن فيه الالتزام وإلزامه بالوفاء به شرعاً ، بخلاف الوصف فإنه لا معنى للالتزام والالزام فيما لا يرجع إلى الاختيار ، فإذا كان معنى اشتراط الوصف جعل الخيار لنفسه وشككنا فيه فندفعه بالأصل ، لأنّ الأصل عدم جعل الخيار لنفسه ، فما أفاده (قدّس سرّه) من إرجاع اشتراط الوصف إلى تقييد المبيع

فاسد بحسب المبني .

وثانياً : أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) فاسد بحسب البناء أيضاً ، وذلك لأنّا إذا بنينا على إرجاع اشتراط الوصف إلى تقييد المبيع فنمنع عن كون اللزوم من آثار وقوع المعاملة على الذات المطلقة ، بل الخيار من آثار وقوع المعاملة على الذات المقيّدة بشيء يغاير الموجود الخارجي الذي هو معنى تخلّف الوصف ، والوجه فيما ذكرناه أنّ اللزوم من آثار طبيعي البيع والعقد ، فجميع العقود لازمة بحسب طبعها وإنّما خرجنا عمّا تقتضيه طبيعة العقد فيما إذا اشترط فيها وصف ووقع العقد على ذات متّصفة بصفة مغايرة للموجود الفعلي الخارجي ، فإنّ المعاملة غير لازمة حينئذ لتخلّف الوصف وعدم كون الموجود مصداقاً لما وقع العقد عليه بعد الفراغ عن عدم بطلان المعاملة حينئذ ، لأنّ تخلّف الوصف لا يوجب البطلان وتمحّض الخلاف في الخيار ، وعليه فحيث نشك في وقوع العقد على الذات المقيّدة بما يغاير الموجود فلا يمكن له (قدّس سرّه) إثبات الخيار ، إذ من أين يمكنه إثبات أنّ العقد وقع على المقيّد بوصف لا ينطبق على الموجود الخارجي ، بل الأصل عدم وقوعه على المقيّد بما لا ينطبق على الموجود الفعلي فبه ندفع الخيار ، هذا .

وتفصيل الكلام في المقام وفي كل مورد وقع فيه الخلاف في الخيار وعدمه أن يقال : إنّ مرجع جعل الخيار في عقد كما أسمعناك سابقاً إلى تقييد الملكية وتحديدها بزمان الفسخ ، فمعنى البيع بالخيار هو التمليك الموقت بوقت الفسخ لا على نحو الاطلاق حتى بعد زمان فسخه فإنه ممّا لا معنى له بأنّ يملّكه على نحو الاطلاق ويكون الملك للمشتري ولو بعد فسخ البائع ، لأنّ المفروض أنه يجعل لنفسه الخيار وهذا لا يجتمع مع التمليك المطلق ، فحيث إنّ الملكية المطلقة غير معقولة ، كما أنّ الاهمال في التمليك غير معقول فيتعيّن أن تكون الملكية عند جعل الخيار مقيّدة وموقتة بوقت الفسخ ، وعليه فالشك في الخيار وعدمه يرجع إلى الشك في أنّ الملكية

على نحو الاطلاق أو أنّها على نحو التقييد بعدم الفسخ ، وأصالة عدم لحاظ التمليك على نحو الاطلاق معارضة بأصالة عدم لحاظه على نحو التقييد فالأصلان متعارضان .

ويمكن تقريب التعارض بنحو آخر وهو ما ذكرناه في الاستصحابات الجارية في الأحكام الكلّية ، فإنّ جريان الاستصحاب في الحكم المجعول في زمان الشك معارض باستصحاب عدم جعله أزيد من الزمان المتيقّن فيه الحكم ، فيكون استصحاب بقاء الملكية في المقام بعد الفسخ الذي هو استصحاب المجعول معارضاً باستصحاب عدم جعل الملكية بأزيد من المقدار المتيقّن وهو الملكية إلى زمان الفسخ ، فإذا سقط الاستصحابان فلا يمكننا الحكم بشيء من اللزوم والخيار ، فإنّ الأول من آثار جعل الملكية المطلقة والثاني من آثار جعل الملكية موقتة بوقت الفسخ ، وليس من آثار عدم الملكية المطلقة لأنّها أعم وكانت متحقّقة قبل البيع أيضاً مع أنه لم يكن خيار حينئذ ، وبما أنّ الأصلين متعارضان فيسقطان فنرجع إلى العمومات الموجودة في المقام ومقتضاها اللزوم في جميع العقود .

وبعبارة اُخرى : لا يمكننا التمسّك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[(١)] بعد سقوط الاستصحابين ، لأنّ مقدار الوفاء بكل عقد تابع لمقدار المجعول فيه إن مطلقاً فمطلقاً وإن موقتاً فموقتاً ، وبما أنّا لا ندري أنّ الملكية المجعولة في المقام مطلقة أو موقتة بزمان الفسخ فلا يمكننا التمسّك بعمومها لأنّ الشبهة مصداقية ، إلّا أنّ مقتضى قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾[(٢)] وقوله « لا يحلّ مال امرئ مسلم »[(٣)] الخ أنّ حدوث الملكية

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ (باختلاف يسير) .

في آن وزمان يقتضي حرمة التصرّفات الواقعة فيه إلّا بالتجارة عن تراضٍ أو بطيب نفس المالك ، وحيث إنّ المفروض صيرورة المال ملكاً للمشتري ، إذ الكلام في الخيار دون البطلان ، فيحرم التصرّف فيه للبائع كما يحرم له أي للمشتري التصرف في الثمن ، وليس الفسخ تجارة عن تراضٍ ولا بطيب النفس ، فمقتضاهما اللزوم وعدم ارتفاع الآثار بالفسخ ، وقد خرجنا عن مقتضاهما في مورد واحد وهو صورة جعل الخيار لنفسه ، فإنّ التصرّف أي تصرّف من له الخيار في المال جائز ولو بلا تجارة عن تراضٍ وبلا طيب نفس المالك ، وإذا شككنا في أنّه جعل الخيار لنفسه فندفعه بالأصل ، لأنّ الأصل عدم جعله الخيار لنفسه وبذلك يثبت اللزوم فيقدّم قول مدّعيه على قول مدّعي الخيار .

وتوضيح ما تقدّم : أنه بناءً على التمسك بأوفوا بالعقود الذي معناه وجوب الوفاء بكل عقد ووجوب إنهائه إلى آخره إن مطلقاً فطلقاً وإن مقيّداً فمقيّداً فيكون الاستصحابان متعارضين ، وذلك لأنّ العقد الخياري إنّما يتعلّق بالملكية الموقتة والعقد غير الخياري يتعلّق بالملكية المطلقة ، ولكل من العقدين الواقع على الموقتة والواقع على المطلقة أثر شرعي وهو وجوب الوفاء به ووجوب إنهائه مطلقاً أو مقيّداً ، وجعل الملكية المطلقة أو الموقتة حادثان مسبوقان بالعدم ، وأصالة العدم في كل منهما يعارض أصالة العدم في الآخر ويتعارضان ، ولا يمكن التمسك بعموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ لأنّ الشبهة مصداقية ، فإنّ وجوب الوفاء في كل عقد تابع لمقدار جعل الملكية كما مرّ .

وأمّا إذا تمسّكنا بغيره من أدلّة اللزوم كقوله تعالى ﴿**لَا تَأْكُلُوا**﴾ الخ وقوله (عليه السلام) « لا يحل ما امرئ » الخ فالأصلان لا يتعارضان ، والوجه فيه أنّ مقتضى الآية والرواية أنّ كل مال صار ملكاً لأحد في زمان يحرم تصرّف الغير فيه إلّا بالتجارة عن تراض أو بطيب نفسه ، سواء جعلت الملكية على نحو الاطلاق أو على

النحو الموقت وإلى زمان الفسخ ، وعلى كلا التقديرين يحرم تصرّف الغير فيه إلى الأبد ، ولا أثر لجعل الملكية موقتة وكأنه يصير من قبيل الشرط المخالف للكتاب فإنّ المسوّغ في التصرّف فيه هو التجارة عن تراضٍ وطيب النفس ، وقد خرج من هذه الكلّية عنوان وجودي وهو ما إذا جعل الشارع أو المتعاقدان فيه الخيار وجعل الخيار عنوان وجودي أثره جواز المعاملة ، فالأثر مترتّب على جعل الملكية الموقتة الذي هو معنى جعل الخيار ، وأمّا جعل الملكية المطلقة فلا أثر شرعي له بناءً على التمسك بغير ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (نعم بناءً على التمسك به لكل من الجعلين أثر شرعي) فإنّ الملك آناً ما أثره حرمة تصرّف الغير فيه إلى الأبد ، وأمّا الملكية المطلقة فلم يترتّب عليها أثر شرعي أبداً ، فإذن يجري الأصل في نفي ذلك العنوان الوجودي وهو جعل الملكية الموقتة والخيار لأنّه مسبوق بالعدم ، ولا يعارضه نفي جعل الملكية المطلقة لأنه لا أثر له بناء على التمسك بغير ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هذا كلّه في الصورة الأُولى والثانية من صور النزاع .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا اعترفا بالاشتراط ومتعلّقه ولكنّهما اختلفا في وجوده حال البيع وعدمه وأنكره المشتري وادّعاه البائع ، بلا فرق بين اتّفاقهما على عدمه بعد العقد أيضاً وعدمه كما إذا اتّفقا على عدمه بعد العقد إلّا أنّ البائع ادّعى زواله بعد العقد وقال المشتري بل لم يكن موجوداً فيه حين المعاملة فينقلب الحال وينعكس الأمر ، فيحكم بالخيار للمشتري حتّى يثبت البائع مدّعاه فإنه بعد ما اعترف باشتراط وصف معيّن للمشتري فلابدّ من إحراز تسليمه إلى المشتري والأصل عدم تسليمه حقّه ، وعدم اتّصاف المبيع بالوصف المشترط حال المعاملة فيثبت للمشتري الخيار حتى يثبت البائع مدّعاه وهو وجوده حال العقد بالبيّنة ونحوها بعد اعترافه بأصل اشتراط وصف معيّن ولا يصغى لما يدّعيه بلا دليل ، هذا كلّه في الأوصاف العرضية المنفكّة عن الذات في زمان ثم عروضها عليه

كما في وصف الكتابة ونحوها .

وأمّا الأوصاف غير المنفكّة عنها من حين وجودها بحيث لم يكن لنا يقين بعدم اتّصافها بها في زمان كما في وصف الكتابة حتى نستصحب عدم اتّصافها بها حين المعاملة ، بل إمّا أن تكون الذات متّصفة بها من الابتداء أو غير متّصفة بها من ابتداء وجودها كما في اشتراط كون الحنطة هي من المزرعة الفلانية أو كون العبد من طائفة معيّنة ، فإنّ اتّصاف الحنطة بكونها من مزرعة خاصة أو العبد من طائفة معيّنة لو كان فهو من الابتداء ولا حالة له مسبوقة بالعدم ، فلا يجري فيها استصحاب العدم النعتي وهو واضح ، إلّا أنّ استصحاب عدم تحقّق الاتّصاف والانتساب إلى مزرعة كذا أو طائفة كذا حين تحقّقه بلا مانع ، فإنّ الاستصحاب يجري في الأعدام الأزلية وكل شيء حادث مسبوق بالعدم ولو بعدم موضوعه .

القول فيما إذا اشترى ثوباً نسج بعضه

لو اشترى ثوباً قد نسج بعضه ولم ينسج الباقي على أن ينسجه بمنوال البعض المنسوج ، فعن الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[1] أنّ البيع باطل ، وكذا عن العلّامة (قدّس سرّه) في بعض كتبه[2] وغيرهما . وعن العلّامة (قدّس سرّه) أيضاً في كتاب المختلف[3] وبعض آخر صحّته ، وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[4] لا يحضرني كتاب المختلف حتى اُلاحظ مدرك حكمه بالصحة ، ولا يخفى أنّ كلامه (قدّس سرّه) هذا

(١) المبسوط ٢ : ٧٧.

(٢) التذكرة ١١ : ٧٩.

(٣) المختلف ٥ : ١٠٤ .

(٤) المكاسب ٥ : ٢٦٩ .

ينافي ما أشار إليه بعد أسطر بقوله : وإليه ينظر بعض كلمات المختلف ، فإنّ المختلف لو لم يحضر عنده فكيف عرف أنّ بعض كلماته تشير إليه ، ولعلّه حضره بعد كلامه السابق .

وكيف كان ، فالظاهر أنّ النزاع لفظي والكلام في موردين ، وكل من القائل بالصحة والفساد يدّعي أمراً غير ما ينكره الآخر ، وذلك لأنّ الصورة المتصوّرة في المقام أربعة :

الأُولى : ما إذا اشترى نصف الثوب وهو منسوج والنصف الكلّي المنسوج على أن يكون بمنوال المنسوج الموجود بأن يشتري النصف الكلّي في ذمّة البائع ويشترط عليه كون نسجه بطريق نسج النصف الموجود ، وهذا البيع بيع كلّي صحيح ولا يتوهّم في حقّ الشيخ ولا غيره الحكم بالبطلان في هذه الصورة ، لعدم الجهالة ولا مانع آخر في البين ، ولكنّه إذا تخلّف ولم ينسج النصف بطريق النصف المنسوج فلا يثبت له الخيار بل له حقّ الاستبدال والمطالبة بما وقع عليه العقد ، فإن دفع فرد آخر غير ما تعلّق به البيع الكلّي لا يوجب تشخّص حقّه فيه ، نعم لو كانت للهيئة الاتّصالية مدخلية في زيادة الثمن ثبت له خيار تخلّف الوصف وتبعّض الصفقة .

الثانية : أن يشتري النصف المنسوج المعيّن ومقداراً معيّناً من الغزل الموجود في الخارج ويشترط عليه أن ينسجه بطريق نسج النصف الموجود ، وهي أيضاً صحيحة ، إذ لا مانع من شراء الصوف المغزول معيّن المقدار واشتراط نسجه على منوال كذا ، فإنّه معلوم المقدار وغير مخالف للكتاب ولا لغيره ولا يحتمل بطلانها عند أحد هؤلاء الأكابر بوجه ، ولكنّه إذا تخلّف فيثبت له خيار تخلّف الشرط .

الثالثة : أن يشتري النصف المنسوج الموجود ومقداراً معيّناً من الغزل الكلّي في ذمّة البائع ويشترط عليه أن ينسجه على منوال النصف الموجود ، وهي أيضاً صحيحة إذ لا محذور في بيع الكلّي الموصوف أبداً .

والصورة الرابعة : أن يشتري النصف المنسوج المعيّن والنصف الشخصي الباقي منسوجاً قبل وجوده أي قبل وجود المنسوج فإنّه بعد لم ينسج الباقي ، وهذه الصورة محكومة بالبطلان لأنّه في النصف غير المنسوج من قبيل البيع قبل وجود المبيع ، وهو باطل نظير بيع الثمرة المعيّنة قبل تحقّقها والبيض الخاصّ قبل أن تبيضها الدجاج ، فهو مشمول للأخبار الدالّة(١) على بطلان بيع ما ليس عنده فإنه غير مالك للمعدوم حين البيع فكيف يبيعه ، ولا يتصوّر إلّا على نحو التعليق وهو أيضاً باطل .

والمحتمل لو لم يكن من المظنون أنّ القائلين بالفساد يعنون هذه الصورة والقائلون بالصحة يريدون غيرها من الصور المتقدّمة ، إذ لا يظنّ بهؤلاء الأعاظم الحكم بالفساد في الصور الثلاث والصحة في الصورة الرابعة فيصير النزاع لفظياً وعلى تقدير كون النزاع معنوياً فالصحيح ما ذكرناه من التفصيل .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب٧ ح٢ ، ٥ .

الكلام في خيار العيب

لا إشكال عند الأصحاب في صحة البيع مع الجهل بصحة المبيع وعيبه ، وأنه إذا ظهر معيباً يثبت له الخيار بين أي يمضي العقد بلا شيء ، أو يفسخه كـذلك ، أو يمضي المعاملة مع أخذ الأرش ومقدار التفاوت بين الصحيح والفاسد .

وربما يستشكل في المقام بأنّ ثبوت الخيار في معاملة فرع صحّتها ، والمعاملة مع الجهل بوصف الصحة والفساد باطلة لأنّها غررية ، إذ الصحة أولى مـن سـائر الأوصاف الموجبة لرغبة الناس وباختلافها تختلف الرغبات ، مع أنّ الجهالة بتلك الأوصاف توجب البطلان والغرر فكـيف بـالجهل بمـا هـو أولى مـن الأوصـاف المذكورة ، وعليه فالمعاملة باطلة من أصلها ومعه كيف يثبت الخيار .

وقد تصدّى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] للجواب عن هذا الإشكال بما حاصله : أنّ وصف الصحة وإن كان ممّا يختلف باختلافه الرغبات والجهالة بمـثله توجب الغرر والبطلان ، إلّا أنّ هذا كلّه إنّما هو فيما لم يكن في البين أمر يحرز به الصحة في المعاملات ، وفي المقام أصالة السلامة عن العيوب أصل يحرز به صحة المبيع ، وبه يرتفع الغرر فيحكم بالصحة ثم يثبت الخيار على تقدير ظهور العيب ، هذا .

ولم يعلم أنّ هذه الأصالة أيّ أصل في المقام ، فإن أراد (قدّس سرّه) منها كون

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٧١ .

الشيء في طبعه صحيحاً بمعنى أنّ مقتضى الطبيعة هو الصحة في جميع الأشياء وعروض الفساد إنّما هو لأجل قاسر خارجي ، ولا ينافي ذلك كثرة الفاسد والمعيب في الخارج فإنه لأجل عارض خارجي مع كون طبع الشيء مقتضياً للصحة كما يقال الأصل في الأجسام أن تكون كروية لتساوي نسبة الجسم إلى الفضاء من جميع الجهات ، أي من اليمين والشمال واليسار والجنوب والفوق والتحت ، وهذا لا ينافي كون أكثر الأجسام غير كروية في الخارج لأنّه لأجل قاسر خارجي .

فيندفع بأنّ كون الشيء مقتضياً للصحة في طبعه مع عروض الفساد عليه في الخارج بكثير لا يرفع الغرر ، لأنّ البائع بعدُ جاهل بصحة الثمن وعيبه ، والمشتري جاهل بصحة المبيع وفساده ولو لأجل قاسر خارجي .

وإن أراد (قدّس سرّه) منها غلبة أفراد الصحيح في الخارج وقلّة المعيب وأنّ الظنّ يلحق الشيء بالأعم الأغلب .

ففيه أوّلاً : منع الغلبة ، لأنّ أكثر الأشياء في الخارج معيب ، أو أنّ الصحيح ليس بأكثر من المعيب .

وثانياً : افرض أنّ الصحيح أكثر وأنّ الغلبة توجب الظنّ بأنّ المبيع من الغالب ، إلّا أنّ الظنّ لا يغني من الحقّ شيئاً وهو لا يوجب رفع الغرر ما دام لم يطمئن بالصحة .

والظاهر أنّ هذا الإشكال لا مدفع له على مسلك شيخنا الأنصاري ومن تبعه من عدم ارتفاع الغرر بالخيار المجعول للمتبايعين ، وعليه فالأمر يدور بين أن يقال بقيام الاجماع التعبّدي على صحة المعاملة ولو مع الجهل بوصف الصحّة ، وأنه مخصّص لدليل الغرر في خصوص وصف الصحة ، فالمعاملة مع كونها غررية صحيحة للاجماع وهو بعيد ، وبين أن يقال بفساد أكثر المعاملات وأغلبها لأجل جهل البائع بصحة الثمن وجهل المشتري بصحة المثمن إلّا في فروض نادرة كما إذا

كان البائع والمشتري من أهل الخبرة والإطّلاع وعـالمين بـصحة المـبيع والثمـن والالتزام بذلك أبعد .

وأمّا على ما سلكناه من أنّ الغرر يرتفع بجعل المتبايعين الخيار في المـعاملة فصحة المعاملات أظهر وثبوت الخيار عند ظهور العـيب أوضـح بـلا حـاجة إلى رواية ، والوجه في ذلك أنّ المتعاملين عند تبديل مالهما يشترطان الصحة اشتراطاً ارتكازياً عند العقلاء بلا اختصاص بأهل الأديان بل الطبيعيون أيضاً كذلك ، ومع ارتكاز هذا الاشتراط لا يحتاج إلى التصريح به في ضمن العقد ، بل إذا ظهر المبيع أو الثمن معيباً يثبت له الخيار كما ذكرناه في خيار الغبن وأنّ العقلاء يشترطون التساوي بحسب القيمة بين العوضين اشتراطاً ارتكازياً ، وعند ظهور الغبن أو العيب يـثبت خيار تخلّف الشرط ، فما دام لم يتبرّأ البائع أو المشـتري عـن العـيوب فـالمعاملة مشروطة بالصحة اشتراطاً ضمنياً ، نعم إذا صرّح بالتبرّي عن العيوب فمعناه إسقاط هذا الشرط والخيار ، وعليه فنلتزم بالخيار ولو مع قطع النظر عن الأخبار .

نعم ، الروايات إنّما زادت الأرش فإنه على خلاف القاعدة ، ولذا منعنا عن ثبوته في سائر موارد خيار تخلّف الشرط ، وتلك الأخبار الدالّة على ثبوت الأرش والخيار مطلقه تشمل ما إذا اشترط الصحة بالصراحة وما إذا اشترطت بالارتكاز والضمن ، وعليه فيرتفع الإشكال في صحة المعاملات لأن جعل الخيار يدفع الغرر فإنه بعد ثبوت الخيار إذا رأى أنّ الوصف موجود ولا ضرر عليه فـيمضي ، وإذا رأى أنّ الوصف مفقود والمعاملة ضررية فيفسخ .

نعم ، الخيارات المجعولة الشرعية كخياري المجلس والحيوان لا يدفع الغـرر لأنّها إنّما ثبت في معاملة محكومة بالصحة في حدّ نفسها ، بخـلاف الخـيار المجـعول للمتبايعين ، وقد تقدّم أنّ التوصيف يرجع إلى الاشتراط بمعنى جعل الخـيار عـند عدمه ولا يرجع إلى تقييد المبيع لأنّه غير معقول ، ولا إلى تقييد البيع لأنّ التعليق

مبطل ، بل لابدّ من إرجاع القيود أعمّ من الوصف والشرط إلى الالتزام بالمعاملة لا إلى نفس البيع ولا إلى المبيع ، وعليه فاشتراط وصف الصحة يوجب رفع الغرر وثبوت الخيار عند تخلّف الشرط ويثبت بالأخبار الأرش أيضاً فيندفع الإشكال حينئذ .

إلّا أنه على ما ذكرناه من ثبوت خيار تخلّف الشرط لا يبقى للبحث الآتي مجال ، وهو أنه إذا اشترط الصحة في المعاملة يثبت له خيار آخر أو لا ، فإنّك عرفت أنّ خيار العيب من أحد أفراد خيار تخلّف الشرط وليس خياراً آخر ، صرّح به في متن العقد أم لم يصرّح به ، لإطلاق الروايات في ثبوت الأرش والخيار عند التصريح بالاشتراط وعدمه . وما رتّبوه على ذلك من أنّ الخيار لو كان من خيار تخلّف الشرط فلا يسقط بالتصرف بخلاف ما إذا كان خياراً آخر ، مندفع بأنّ التصرّف يوجب السقوط حتى فيما إذا كان الخيار من باب تخلّف الشرط ، وذلك لأنّ الإمام (عليه السلام) صرّح بسقوط الخيار بالتصرف في مورد خيار الشرط ، بمعنى أنّ الحكم بسقوطه بالتصرف إنما ثبت في مورد اشتراط وصف الصحة وتخلّفه كما يأتي في رواية يونس(١) فكيف يقال بعدم سقوطه إذا كان بالاشتراط كما يظهر ذلك بالمراجعة إلى الروايات .

ثمّ إنّ دعوى الانصراف إلى الصحة كما ادّعيناها وقلنا بثبوت الارتكاز في اشتراط وصف الصحة إنّما هي في المعاملة المشتملة على المبادلة بين المالين لا في انصراف لفظ المبيع إلى الصحة حتى يورد علينا بأنّ لفظ الحنطة مثلاً لو كان منصرفاً إلى الصحيح فلماذا لا تنصرف إليه في سائر الموارد .

أو يورد بما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ لازم ذلك ـ أي لازم

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٨ / أبواب أحكام العيوب ب٦ ح١ .

انصراف المبيع إلى الصحيح ـ بطلان المعاملة عند ظهوره معيباً ، لأنّ ما وقع عليه العقد وهو الصحيح غير موجود والموجود لم يقع عليه العقد ، بل المدّعى انصراف المعاملة الواقعة بين المالين عند المبادلة إلى خصوص المالين الصحيحين حتّى لا نلتزم بالانصراف في المعاملات غير المشتملة على المبادلة كما في الهبة ، بل تختص دعوى الانصراف بخصوص المعاملة الواقعة بين المالين بالمبادلة ، فلا وجه للإيراد الأول .

وأمّا ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فقد تقدّم جوابه سابقاً حيث قلنا إنّ تقييد المعاملة بوصف أو شرط لا يوجب تقييد المبيع حتى يوجب البطلان عند التخلّف ، لأنّ تقييد المبيع غير معقول ، ولا يرجع إلى تقييد البيع لأنّه من التعليق المبطل ، بل المعاملة إنّما وقعت على الموجود الخارجي على جميع التقادير وإنّما القيد راجع إلى الالتزام بالمعاملة ونتيجته الخيار عند التخلّف لا البطلان ، هذا كلّه .

ثم إنّك عرفت أنّ إطلاق الروايات في الدلالة على ثبوت الأرش والخيار يقتضي عدم الفرق بين صورتي اشتراط وصف الصحة بالصراحة أو بالتضمّن ، وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري من التأييد لذلك أي لثبوت الخيار والأرش مع اشتراط وصف الصحة بالصراحة برواية يونس « في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء ، قال (عليه السلام) يردّ عليه فضل القيمة » بتقريب أنّ اقتصاره (عليه السلام) على أخذ الأرش ظاهر في أنّ الخيار هو خيار العيب ، إذ لو كان خيار الشرط لما يسقط بالتصرّف فيها بل يثبت له الأرش والردّ .

ففيه : أنّ الرواية أجنبية عن المقام ولا دلالة فيها على ثبوت الخيار ولو مع الاشتراط ، وذلك لأنّ البكارة من الأوصاف الكمالية وليست من وصف الصحة في شيء ، فإنّها إنّما تتّصف بها المرأة مرّة واحدة في مدّة عمرها ، ولازم كونها من وصف الصحة أن تكون النساء الثيّبات معيوبات ، فاشتراط البكارة غير اشتراط وصف

الصحة فهي خارجة عن محل الكلام . نعم على تقدير صحتها من حيث السند نلتزم بمضمونها في خصوص موردها ، فنلتزم بوجوب الأرش في خصوص تخلّف وصف البكارة عند اشتراطها في العقد كما التزمنا بذلك في باب النكاح لما ورد فيه من الدليل على أنه إذا عقد على امرأة بشرط أنّها عذراء ثمّ ظهرت ثيّباً يردّ عليه فضل مهر الثيّب والبكر ، فليكن المقام من ذلك القبيل ، وتمام الكلام في وصف البكارة وكونها من الأوصاف الكمالية وأنّ اشتراطها في البيع يوجب الأرش عند التخلّف سيأتي عند التعرّض للعيوب(١).

وأمّا المناقشة في الرواية من جهة عدم ظهورها في الاشتراط أو من جهة أنّ وجدانها غير عذراء لم يكن بدخولها وتصرّفه فيها بل لأجل إخبار الجارية بذلك أو علمه به من جهة إخبار البيّنة على أنّها غير عذراء ، فتندفع بأنّ ظاهر قوله على أنّها عذراء هو الاشتراط ، وحمله على غير الاشتراط كالبناء والاعتقاد بأنّها عذراء بعيد ، كما أنّ معنى الوجدان هو الوصول إلى الشيء بشخصه ، ولا يعبّر به في صورة العلم بالشيء لا بنفسه ، بل من جهة إخبار الغير ، فالتعبير بالوجدان نظير العلم الشهودي والحضوري ظاهر في أنه بدخوله علم ووصل إلى عدم كونها عذراء ، مثلاً إذا قامت عندك أمارة على شيء كعلم زيد فلا يصحّ لك أن تقول إنّي وجدته عالماً ، بل تقول إنّي علمت بأنّه عالم ، وهذا بخلاف ما إذا سألته عن شيء وباحثته وعلمت بعلمه فيقول إنّي وجدته عالماً .

بقي الكلام في جهات : الجهة الأُولى : أنّ المعروف بين الأصحاب (قدّس الله أسرارهم) هو أنّ ظهور العيب في المبيع يوجب تخيّر المشتري بين الرد والامضاء مع الأرش من الابتداء ، بمعنى أنه سواء تصرّف فيه أم لم يتصرّف أي تمكّن من الردّ

---

(١) في الصفحة ٣١٤.

أم لم يتمكّن يثبت له جواز الامضاء مع الارش ، ولم يخصّوا الأرش بصورة التصرف في المبيع وعدم التمكّن من الردّ .

إلّا أنّ هذا الكلام أي التخيّر بينهما من الابتداء ممّا لا يمكن استفادته من الأخبار الواردة في المقام ، فإنّها مطبقة على أنّ المشتري يثبت له الردّ عند ظهور العيب أوّلاً ثم إذا لم يتمكّن من الرد لتصرّف ونحوه يثبت له الأرش ثانياً ، ولم تدلّ على تخيّره بينهما من الابتداء ، بمعنى أن يكون المشتري مخيّراً بين الرد والأرش مطلقاً سواء تصرف في المبيع أم لم يتصرف .

وذكر صاحب الحدائق(١) أنّ الأخبار لا دلالة فيها على تخيّر المشتري بين الأمرين من الابتداء وقال إنّه أوّل من تنبّه لذلك وأنه لم ير التنبيه لذلك من أحد ممّن سبقه ، وعلى هذا فيحكم بجواز الردّ للمشتري أوّلاً ثم إذا لم يتمكّن منه لتصرّف ونحو ذلك يحكم له بالأرش ، هذا .

وربما يقال باستفادة ثبوت الأرش مع الردّ من الابتداء من نفس الأخبار الدالّة على جواز الفسخ عند ظهور العيب .

وأُخرى يدعى أنّ تخيّر المشتري بين الرد والأرش من الابتداء وثبوت الأرش له هو الذي تقتضيه القاعدة الأوّلية .

أمّا الدعوى الأُولى وهي استفادة ثبوت الأرش للمشتري من الابتداء من نفس الأخبار الدالّة على جواز الفسخ عند ظهور العيب : فغاية ما يمكن أن يستدلّ به عليها أن يقال : إنّ الأخبار مطلقة وقد دلّت على جواز الفسخ في تمام المبيع أو في بعضه ، وهو فسخ المعاملة في وصف الصحة فقط لعدم تقييدها الفسخ في تمام المعاملة .

---

(١) الحدائق ١٩ : ٦٣ .

فيدفعه : أنّ الأخبار إنّما دلّت على أنّ للمشتري فسخ المعاملة وأخذ الثمن ولا معنى للفسخ في وصف الصحة وردّها إلى البائع ، فإنّ ما ثبت بالأخبار هو أنّ المشتري يرد المبيع إلى البائع إن شاء وقد عرفت أنه لا معنى لردّ الصحة إليه ، فهذه الدعوى ساقطة ، وهذه هي التي أشار إليها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بقوله : وقد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم الخ[1].

وأمّا الدعوى الثانية : فقد استدلّ عليها بأنّ وصف الصحة كالجزء في المبيع ومقتضى القاعدة جواز استرداد الثمن المقابل للجزء الفائت ، وجواز فسخ المعاملة بالنسبة إليه وإلى ما يقابله من الثمن .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ وصف الصحة ليس بمنزلة الأجزاء ولا يقابل بالمال في المعاملات وإنّما هي توجب زيادة قيمة المبيع ، والمال يبذل بازاء ذات الشيء فقط ، ومن هنا لا تبطل المعاملة فيما يقابلها من الثمن عند انتفائها أي انتفاء وصف الصحة بأن يقال المعاملة صحيحة فيما يقابل الذات وباطلة فيما يقابل الصحة ، بل المعاملة صحيحة بتمامها إلّا أنه يثبت للمشتري استحقاق المطالبة بالأرش عند ظهور العيب ، فلو كانت الصحة كالجزء لكانت المعاملة فيما يقابلها باطلة ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ المعاملة لو كانت باطلة فيما يقابل الصحة من الثمن لكان اللازم على البائع أن يدفع عين ما يقابلها من الثمن لأنه معنى بطلان المعاملة ، مع أنّ الأرش لا يعتبر أن يكون من عين الثمن بل للبائع أن يدفعه من مال آخر .

وما أورده (قدّس سرّه) من المناقشتين متين جدّاً ، ونزيدهما مناقشة أُخرى وهي أنّ وصف الصحة ليس إلّا كسائر الأوصاف التي تختلف باختلافها الرغبات

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٧٦ .

والقيم نظير الشجاعة في العبد والجمال والكمال والثيبوبة في الجارية مع أنّها تزيد في قيمة المبيع ولا يقابل بالمال فليكن وصف الصحة من أحدها ، ولا يلتزم أحد بانفساخ المعاملة فيما يقابل الأوصاف عند تخلّفها كما لا يخفى .

ثم أورد (قدّس سرّه) عليه إيراداً آخر وحاصله : أنّ الحكم في نفس الجزء والمقيس عليه غير مسلّم ، لأنّا لا نلتزم ببطلان المعاملة فيما يقابل الجزء الفائت فيما إذا أظهره في المعاملة بصورة الاشتراط كما إذا باع أرضاً على أنّها بمساحة معيّنة وجربان معلومة ثمّ ظهر أنّها أنقص فإنّ المعاملة حينئذ صحيحة إلّا أنه يثبت خيار تخلّف الشرط ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الذي أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لا يمكن المساعدة عليه أصلاً كما أشرنا إليه في بيع الأرض على أنّها كذا مقداراً ، وذكرنا هناك أنّ الجزء ممّا يقابل بالثمن بنظر العرف فتبطل المعاملة بعدمه ، وهذا من غير فرق بين أن يظهره بصورة الاشتراط أم أظهره بصورة بيان الجزء ، فالمعاملة صحيحة فيما يقابل الأجزاء الموجودة من الثمن وباطلة فيما يقابل الأجزاء المفقودة ، لما تقدم من أنّ العرف والعقلاء يرون الأجزاء ممّا يقابل بالثمن حتّى في صورة اشتراط الجزء كما عرفت .

وكيف كان ، فالمتحصّل من جميع ذلك أنّ الأخبار لا دلالة لها على ثبوت الأرش من الابتداء وإنّما تدلّ على ثبوت الأرش بعد عدم التمكّن من الردّ والتصرّف في المبيع ، فما أفاده صاحب الحدائق متين .

نعم قد ورد في الفقه الرضوي[1] ما يدلّ على ثبوت التخيير بين الردّ والأرش من الابتداء ، أو بين الردّ والأخذ بلا أرش ، أو الأخذ مع الأرش من الابتداء فإنّ

---

(١) فقه الرضا : ٢٥٣ .

قوله فيها « وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة » على تقدير كونه « أو » تدلّ على التخيير بين الثلاثة ، وعلى تقدير كونه واو عطف تدلّ على التخيير بين اثنين وأسقط الأخذ بلا أرش لظهوره ، إلّا أنّا بنينا سابقاً على عدم حجّية الفقه الرضوي .

ثم إنّ المعروف بين الأصحاب هو ثبوت الأرش من الابتداء ، إلّا أنّ الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) على ما نقله عنه شيخنا الأنصاري[١] ذهب إلى أنّ أخذ الأرش مشروط باليأس عن الردّ ، فإن أراد (قدّس سرّه) من ذلك أنّ ثبوت الأرش مشروط بعدم التمكّن من الردّ بتصرّف أو بعروض عيب على المبيع عند المشتري ونحوهما فما أفاده متين ، ومرجعه إلى ما أشرنا إليه آنفاً من أنّ الأخبار لا إطلاق لها في ثبوت الأرش وإنّما تدلّ على ثبوت الأرش على تقدير عدم التمكّن من الردّ شرعاً لتصرف ونحوه ، وعليه فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ إطلاق الأخبار يدفعه ، وذلك لما عرفته من عدم الاطلاق في الأخبار أصلاً كما صرّح به هو (قدّس سرّه) من أنّ الأخبار إنّما دلّت على ثبوت الأرش على تقدير عدم التمكّن من الردّ شرعاً .

وإن أراد الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) من اليأس عن الردّ اليأس عنه لا من جهة عدم إمكان الردّ شرعاً بل من جهات أُخرى كفلس البائع وعدم قدرته على ردّ الثمن عند الفسخ والردّ ، فيدفعه إطلاق الأخبار كما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لعدم اشتراط ثبوت الأرش باليأس عن الردّ لأجل العوارض الخارجية غير اليأس عنه شرعاً لسقوطه بمسقط من التصرف ونحوه .

الجهة الثانية : هل الخيار في المقام يثبت من حين ظهور العيب فيكون الظهور سبباً وعلّة للخيار ، أو أنه يثبت من حين وقوع المعاملة على المعيب فيكون

---

(١) تقدّم ذكر المصدر في الصفحة ١٣٢ .

الظهور كاشفاً عن ثبوت الخيار ؟

وتظهر الثمرة بينهما عند إسقاط الخيار قبل ظهور العيب فإنه على الأول من إسقاط ما لم يجب وعلى الثاني من إسقاط ما ثبت .

ولكنّك عرفت في خيار الرؤية[١] أنّ إسقاط ما لم يجب لا دليل على بطلانه في أمثال المقام ، فلا ثمرة بين كون الظهور سبباً أو كاشفاً ، هذا .

ومع ذلك كلّه لا ينبغي الإشكال في أنّ الروايات الواردة في المقام المشتملة على وجدان العيب ظاهرة عند العرف في أنّ الوجدان طريق للعيب وأنّ الموضوع لثبوت الخيار هو العيب ، وحيث إنّ العيب موجود من حين العقد فيكون الخيار ثابتاً من حينه ، هذا .

مضافاً إلى ما ورد في بعض الأخبار من ترتّب الخيار على نفس العيب الواقعي كما أشار إليه شيخنا الأنصاري ، ولعلّ مراده (قدّس سرّه) من الرواية المشار إليها هي المعتبرة الآتية المتضمّنة لقوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له ، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلك العوار وبذلك الداء ، أنه يمضى عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص » الخبر[٢] فإنّها أثبتت عدم الردّ وإمضاء البيع مع وقوع المعاملة على ما به عيب والاحداث فيه ، ودلّت بمفهومها على أنّ المعاملة إذا وقعت على ما به عيب ولم يحدث فيه فلا يمضى عليه البيع ويكون البيع خيارياً ، وهذه الرواية كما ترى دلّت على أنّ نفس البيع الواقع على ما فيه عيب يوجب الخيار على تقدير عدم التصرف فيه ، لا أنّ ظهوره موجب للخيار ، هذا .

---

(١) في الصفحة ٩٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٢ .

والعجب من السيد الطباطبائي (قدّس سرّه)[١] حيث أنكر وجود رواية في المقام دلّت على ثبوت الخيار لنفس العيب الواقعي على تقدير وقوع البيع على المعيب، وقد عرفت وجودها فلا تغفل.

الجهة الثالثة: وهي أنه ذكر الأصحاب أنّ الخيار في المقام كما أنه يثبت للمشتري عند ظهور العيب في المبيع فيكون مخيّراً بين ردّ المعاملة وإمضائها مجاناً وإمضائها مع الأرش، كذلك يثبت للبائع عند ظهور العيب في الثمن فيحكم بتخيّره بين الأُمور الثلاثة.

ولكن تسرية الخيار إلى البائع ممّا لا يستفاد من الأخبار الواردة في المقام لأنّها تختص بخصوص المشتري وليس فيها أثر من البائع.

وربما يتمسك في التعدّي عن المشتري إلى البائع بحديث لا ضرر وأنه يجري في كل من البائع والمشتري بلا فرق بينهما.

ولكنّك خبير بأن لا ضرر لا يمكن أن يستند إليه في شيء من الخيارات سيّما في خصوص الأرش، لأنّه لو اقتضى ثبوت الأرش في المقام فاللازم إثبات الأرش في مثل خيار الغبن وغيره ممّا يناسب الأرش، لعدم اختصاص الحديث بالعيب، مع أنهم لا يلتزمون بالأرش في غير العيب ولا يمكن الالتزام به أيضاً، فلا يمكن التعدّي عن المشتري، إلّا أن يقوم في المقام إجماع قطعي على عدم الفرق بين البائع والمشتري، ودون تحصيله خرط القتاد، وأنّى لنا بالاجماع الكاشف عن حكم الإمام (عليه السلام) في المقام، وعليه فلا محيص من الاقتصار في الخيار على المشتري.

نعم إن أمكننا إثبات أنّ العرف في مثل الأخبار الواردة في المقام يستفيد عدم

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي): ٦٩ من مبحث الخيارات.

اختصاص الحكم المذكور فيها بالمشتري ، بل يرى ثبوته له من باب أنه أحد طرفي المعاملة ، فلا مانع من التعدّي إلى البائع أيضاً بأن يقال الأخبار وإن كانت واردة في خصوص المشتري إلّا أنّ المفهوم والمستفاد منها حسب التفاهم العرفي عدم اختصاص الخيار بالمشتري ، بل إنّما ثبت للمشتري بما أنه أحد طرفي المعاملة ولأجل ذلك يراه العرف ثابتاً للبائع أيضاً حسب المتفاهم العرفي ، كما تعدّينا عن جعل مثل الكلب والخمر والعذرة مثمناً إلى جعلها ثمناً بحسب المتفاهم العرفي أيضاً فإنّ قوله (عليه السلام) « ثمن الكلب سحت »(١) و « ثمن العذرة سحت »(٢) و « ثمن الخمر سحت »(٣) إنّما ورد في خصوص جعل المذكورات مثمناً ، إلّا أنّ العرف لا يكاد يشك بحسب استفادته من هذا الكلام في عدم اختصاص الحرمة والبطلان بما إذا جعلت المذكورت مثمناً ، بل يتعدّى منه إلى ما إذا جعلها ثمناً كما إذا جعل الكلب ثمناً لشيء فإنه باطل عند العرف حسبما يستفيده من قوله (عليه السلام) « ثمن الكلب سحت » الخ .

وكيف كان ، فإن ثبت ذلك وأثبتنا هذه الاستفادة حسب المتفاهم العرفي فهو ، وإلّا فلا يمكننا التعدّي عن المشتري إلى البائع في إثبات الخيار المذكور أعني التخيير بين الثلاثة المتقدّمة .

نعم ، الخيار بين اثنين أي الردّ أو الامضاء المجاني لا مانع من ثبوته لكل من البائع والمشتري لأنّه على وفق القاعدة ، فإنّه لأجل خيار تخلّف الشرط وهو أمر

---

(١) الوسائل ١٧ : ١٢٠ / أبواب ما يكتسب به ب ١٤ ح ٨.

(٢) الوسائل ١٧ : ١٧٥ / أبواب ما يكتسب به ب ٤٠ ح ١ (باختلاف يسير) .

(٣) الوسائل ١٧ : ٩٤ / أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٨.

عقلائي ارتكازي فإنّ كل واحد من المتعاملين حسب ارتكازه يشترط الصحة فيما ينتقل إليه من المال فإذا ظهر معيباً فله خيار تخلّف الشرط ، أمّا إثبات الأرش للبائع فلا لأنّه على خلاف القاعدة ، اللهمّ إلّا إذا ثبت استفادة التعميم حسب المتفاهم العرفي وإلّا فلا يسعنا التعدّي عن المشتري أبداً سواء ظننا بالتعميم أم لم نظن به ، فإنّ الظن لا يكفي في التعدّي عمّا يخالف القاعدة في مورد إلى غيره ، فلا وجه لما أفاده السيد (قدّس سرّه)(١) من أنه يكفي في ذلك أي في التعدّي إلى البائع الظن بالتعميم لأنه قرينة على أنّ الحكم المذكور من أحكام البيع لا من أحكام المشتري ، هذا كلّه في التعدّي إلى البائع .

وأشكل من ذلك التعدّي من البيع إلى غيره من المعاملات كالاجارة والمصالحة فيما إذا ظهر مال الاجارة معيباً ، فإنّ في البيع يمكن التعدّي إلى البائع من جهة دعوى أنّ عدم تعرّض الأخبار للبائع من أجل أنّ الغالب في الثمن هو النقود وهي لا تكون معيبة بحسب الغالب ، أو من جهة الظن بأنه من أحكام البيع ونحوهما ، وأمّا في مثل الاجارة ونحوهما فلا يمكننا التعدّي إليها بوجه ، نعم التخيّر بين الرد والامضاء المجاني لا يختص بالبيع لما عرفت من أنّ خيار تخلّف الوصف والشرط أمر على وفق القاعدة وهو ما يثبت في جميع المعاوضات حسب الارتكاز فإنّ كل واحد من المتعاوضين يشترط الصحة فيما ينقل إليه في مقابل ماله بيعاً كان أم إجارة أو مصالحة ، فعند تخلّف وصف الصحة يثبت له خيار تخلّف الشرط ، إلّا أنّ الكلام في ثبوت الأرش فإنه على خلاف القاعدة ، فلابدّ من الاقتصار فيه على مورد النص وهو البيع ولا مسوّغ للتعدّي عنه إلى سائر المعاوضات .

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٧٠ من مبحث الخيارات .

الكلام في مسقطات هذا الخيار

أحدها : الاسقاط باللفظ ، بكلا طرفيه من الردّ والأرش أو أحدهما كما إذا أسقط الردّ دون المطالبة بالأرش ، فإنّ من له الخيار ربما يسقط كلا طرفي الخيار فيلتزم بالبيع بلا ردّ ولا أرش ، وأُخرى يسقط الردّ مع مطالبته الأرش .

والمتّبع في ذلك هو الظهور فإنه لا إشكال في سقوطه بالاسقاط والتصريح به ، وأمّا أنّ الساقط هو الرد أو هو مع الأرش فلا يتعيّن إلّا بظهور الكلام ، فإن كان ظاهراً في إسقاط الردّ فيلزم ببقاء الأرش ، كما أنه إذا كان ظاهراً في إسقاط كل من الرد والأرش فيتّبع ، وإن لم يكن له ظهور في شيء فيؤخذ بسقوط ما هو المقدار المتيقّن وهو الرد ، وأمّا الأرش فهو يبقى على حاله .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنه إذا قال : التزمت بالعقد فلا يسقط به الأرش وإنّما يفيد سقوط الرد فقط ، وأمّا إذا قال : أسقطت الخيار فلا يبعد سقوط كل من الردّ والأرش معه ، هذا في بعض الموارد التي يكون قوله التزمت أو أسقطت ظاهراً في إسقاط خصوص الردّ أو هو مع الأرش وإن كان كما أُفيد ، إلّا أنّ الظاهر أنه لا كلّية فيه ، فإنّ قوله : أسقطت الخيار ربما لا يكون له ظهور إلّا في خصوص إسقاط الرد ، وهذا كما إذا كان غير ملتفت إلى ثبوت الأرش في خيار العيب في الشريعة المقدّسة وإنّما كان عالماً بثبوت الردّ له ، فإنّ قوله : أسقطت لا يستفاد منه حينئذ إسقاط كل من الردّ والأرش ، بل يختص بسقوط الردّ فقط ، كما أنّ قوله : التزمت بالعقد ربما يكون ظاهراً في إسقاط كلا الطرفين كما إذا قيل له ردّ المعاملة أو التزم بها مع الأرش فقال : التزمت بالعقد أي لا بالردّ ولا بالأرش .

وبالجملة : ما أفاده (قدّس سرّه) ممّا لا كلّية له ، والمتّبع هو الظهور وعند عدمه

---

(١) المكاسب ٥ : ٢٧٨ .

يؤخذ بالمقدار المتيقّن كما تقدّم ، هذا أحد المسقطات .

المسقط الثاني

التصرّف في المبيع وهو على أقسام : **الأوّل** التصرف فيه بما يوجب التغيير في العين بنحو من أنحائه كما إذا كان المبيع صوفاً فغزله ، أو كانَ غزلاً فنسجه ، أو كان ثوباً فقطعه أو صبغه وهكذا من أنحاء التغيّرات الخارجية .

ولا ينبغي الإشكال في سقوط الخيار بمثل ذلك ، بل هو المقدار المتيقّن من التصرّفات المسقطة للخيار ، بل إسقاط الخيار حينئذ ليس من أجل التصرف في العين وإنما هو من جهة عدم بقاء العين على ما كانت عليه حين الشراء ، فإنّ ظاهر المعتبرة هو أنّ مجرد حدوث الحدث في المبيع يوجب السقوط ولو كان بآفة سماوية أو بتصرف شخص آخر ، ولا يختص السقوط بما إذا أحدث فيه المشتري بنفسه فالمناط عدم بقاء العين بحالها بأي تصرف كان ، وهذا هو الموجب لسقوط الخيار .

وقد دلّ على ذلك ما في المعتبر من قوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له فأحدث فيه » الخ[1] فإنّ ظاهره أنه حدث فيه ما يوجب تغيّراً في المبيع ولا يبقى معه العين على ما كانت عليه ، إذ ليس المراد بالاحداث فيها استناد الحدث إلى فاعله بل المراد حدوث الحدث بحيث لا يكون معه الشيء قائماً بعينه كما صرّح بذلك في مرسلة جميل حيث قال (عليه السلام) « إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط » الخ[2] وقد عاملوا مع هذه المرسلة معاملة الصحيحة لأنّ جميل من أصحاب

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٣ .

الاجماع ، وهو إن لم يتم عندنا كما تقدّم في محلّه إلّا أنه لا بأس بالتأييد بها ، فالمناط في سقوط الخيار عدم بقاء العين بعينها ووصفها الذي كانت عليه حين المعاملة وقد عرفت أنه هو المراد من إحداث الحدث فيه ، فهذا النحو من التصرف المغيّر تغيّراً خارجياً ممّا لا إشكال في سقوط الخيار به .

الثاني من التصرفات : التصرف المغيّر للعين تغيراً حكمياً من دون تغيير واقعي خارجي فيها بوجه ، وهذا كما إذا آجر العين المعيبة . وهذا القسم أيضاً كالقسم الأول في سقوط الخيار به لعدم بقاء العين معه على ما كانت عليه من الصفة فإنّها حين المعاملة لم تكن مسلوبة المنافع ولكنّها بالفعل كذلك فلا يمكنه إرجاعها إلى مالكها كما كانت عليه ، فإنّ المفروض أنّها مسلوبة المنافع بالاجارة فالعين غير باقية بحالها وإن لم يكن التغيير خارجياً .

وأمّا التصرّف فيها بالبيع اللازم فالظاهر أنه ملحق بالاجارة ، لأنّا إذا بنينا على أنّ الايجار تغيير موجب لعدم بقاء العين بحالها فلابدّ من أن نلتزم به في البيع بطريق أولى ، فإنّ العين في الاجارة قابلة للرد إلى مالكها وإنّما الزائل هو الوصف وأمّا في البيع فلا يمكن رد شيء من العين والوصف إلى مالكها ، فالعين غير باقية على حالها أي لا يمكن ردّها إلى مالكها الأول بعينها وإن أمكن ردّها إليه بمثلها أو قيمتها ، بل يصدق عليه الحدث أيضاً ، إذ أي حدث أولى من جعل العين على نحو لا يمكن إرجاعها إلى مالكها الأول ، وكل ذلك من جهة عدم بقاء العين بحالها لا من جهة التصرف .

وأمّا التصرّف في العين على نحو غير موجب للتغيير فيها خارجاً ولا حكماً بل مع بقائها على حالها نظير الهبة الجائزة أو البيع غير اللازم بحيث أمكن معه إرجاع العين إلى مالكها ، فظاهر جملة من الأصحاب وإن كان هو السقوط في هذه

الصورة أيضاً كما هو صريح كلام العلّامة في بعض كتبه[١] بل هو المتسالم عليه بينهم إلّا من المحقّق الثاني (قدّس سرّه)[٢].

إلّا أنّ الحق هو ما ذهب إليه المحقّق الكركي وعدم سقوط الخيار بمثل الهبة والبيع الجائزين، والوجه في ذلك أنّ التصرف لم يرد في شيء من الأخبار أنه يسقط الخيار حتى يدعى أنّ الهبة تصرف، وإنّما الوارد هو إحداث الحدث وعدم بقاء العين بحالها وقد عرفت رجوع الأول إلى الثاني آنفاً، ومن الظاهر أنّ مجرد الأمر الاعتباري وهو اعتبار ملكية العين لشخص بلا حصول تغيير في وصفها كما في الاجارة ولا في عينها كما في البيع ممّا لا يوجب تغييراً في العين أبداً، ولا يسمّى بالحدث المفسّر بمغيّر العين أصلاً سيّما مع إرجاعه إلى ملكه قبل فسخ المعاملة، إذ المفروض أنّ المشتري يتمكّن من إرجاع العين إلى مالكها بوصفها بلا حصول تغيير فيها، فبقوله فسخت المعاملة تنتقل العين من الموهوب له إلى مالكها الأول كما كانت عليه، وإنّما التزمنا بالسقوط في الاجارة والبيع من جهة عدم تمكّن المشتري فيهما من ردّ العين بأوصافها إلى مالكها الأول، وهذا بخلاف الهبة والبيع الجائزين، فما أفاده المحقق الثاني (قدّس سرّه) هو الصحيح.

القسم الثالث من التصرفات: التصرف في العين تصرّفاً خارجياً لا يوجب تغييراً في العين أبداً وهو على أقسام:

الأول: ما يكون بنفسه وشخصه ظاهراً في إسقاط الخيار، وهو ممّا لا إشكال في إسقاطه الخيار، إذ لا يعتبر في إسقاط الحق اللفظ بل لصاحب الحق أن يرفع يده عن حقّه بكل ما يمكن إسقاطه به كالفعل، وهذا كما إذا اشترى أمةً وأمر الخيّاط أن

---

(١) التحرير ٢: ٣٦٩، التذكرة ١١: ٩١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٤٢.

يخيط لها ثوباً وقد علمنا من عاداته أنه إذا أراد إبقاء الأمة عنده يأمر بخياطة الثوب لها ، وهذا التصرف غير مغيّر للعين إلّا أنه ظاهر في إسقاط الخيار فيسقط به لا محالة .

الثاني : ما يكون ظاهراً في إسقاط الخيار بنوعه ولم يكن له ظهور شخصي في إسقاط الخيار ، وهذا نظير الألفاظ المستعملة في معانيها فإنّ ظاهرها بحسب النوع والغالب هو إرادة معانيها مع احتمال أنّ المتكلّم لا يريدها مع نصب القرينة على عدم إرادتها أو إرادة غير معانيها مع الغفلة عن نصب القرينة عليه أو إرادة غيرها وعدم نصب القرينة عليه لما فيه من المصلحة في نظره ، فالألفاظ ظاهرة في إرادة معانيها نوعاً لا بحسب الشخص وهو واضح ، فإذا فرضنا أنّ فعلاً من الأفعال له ظهور نوعي في إسقاط الخيار وغير ظاهر فيه بشخصه فهل يسقط به الخيار أو لا وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنه يوجب الاسقاط ، لأنّ الفعل كاللفظ في كونه معتبراً فيما له ظهور نوعي فيه ، هذا .

ولكنّا لم نفهم وجه السقوط في هذا القسم ، فإنّ كون الفعل بنوعه وغالبه ظاهراً في الاسقاط لا يفيد إلّا الظن بالاسقاط وهو لا يكفي في الحكم بالسقوط ، إذ لا دليل على اعتبار الظن وحجّيته ، بل لابدّ من قيام دليل على أنه أسقط حقّه ، نعم ظهور الفعل كظهور اللفظ إلّا أنه لا دليل على حجّية هذا الظهور النوعي في الفعل . ولا وجه لقياس الفعل بالألفاظ في وجه حجّية ظهورها النوعي ، فإنّ الوجه في حجّية ظهورات الألفاظ نوعاً هو البناء العقلائي على أنّ كل متكلّم يريد ظاهر كلامه ، وذلك لأنه معنى الوضع فإنه بمعنى التعهّد والالتزام فكأنّ المستعمل بنفسه صرّح بأنّي تعهّدت بإرادة المعنى عند التكلّم باللفظ ولأجل ذلك يحكم بأنّه أراده ما

(١) المكاسب ٥ : ٢٨٥ .

لم ينصب على خلافه قرينة ، وأمّا الأفعال فأين هذا التعهّد فيها حتّى نحكم بإرادة ما هو ظاهرها نوعاً لأجل تعهّد الفاعل . وهذه نعمت الثمرة فيما بنينا عليه من أنّ الوضع هو التعهّد ، وبه يظهر الفرق بين ظهورات الألفاظ والأفعال . فالانصاف أنّ الفعل الظاهر بنوعه في إسقاط الخيار لا يوجب الاسقاط بل لابدّ فيه من قيام الدليل على إسقاطه .

القسم الثالث : ما لا يكون له ظهور نوعي ولا شخصي في إسقاط الخيار كقوله للعبد المشترى ناولني الماء أو اغلق الباب ونحوهما ، فالصحيح أنه لا يوجب الاسقاط ، إذ المفروض أنه لا ظهور له في الاسقاط . مضافاً إلى ما يمكن استفادته من المعتبرة المتقدّمة[١] حيث إنّها بمفهومها دلّت على أنه إذا لم يحدث في العين حدثاً لا يسقط به الخيار ، ومن الظاهر عدم صدق الحدث على مثل قوله ناوليني الماء للأمة فإنّ المراد به عدم بقاء العين بحالها ولا تتغيّر الأمة بقول مالكها لها ناوليني الماء كما سيأتي تفصيله .

خلاصة ما ذكرناه : أنّ المدار في بقاء هذا الخيار تمكّن المشتري من ردّ عين المبيع إلى مالكها كما كانت عليه ، وهذا هو المستفاد من الروايتين المتقدّمتين[٢] حيث قال (عليه السلام) « فإن أحدث فيه شيئاً » الخ وقوله « إن كانت العين باقية بحالها » كما في مرسلة جميل التي عاملوا معها معاملة الصحيح ، لأنّ جميل بن درّاج ممّن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه ، وقد عرفت أنّ المراد من إحداث الحدث أيضاً ما ذكرناه ، فيكون هذا الخيار متقوّماً ببقاء العين على ما كانت عليه على خلاف سائر الخيارات لأنّها كانت متعلّقة بالعقد بقيت العين أم انعدمت وعلى

---

(١) في الصفحة ١٤٠ .

(٢) في الصفحة ١٤٠ .

تقدير انتفائها يردّ مثلها أو قيمتها ، ومن هنا قلنا إنّ التصرف المغيّر تغيّراً حسّياً في الخارج كنسج الغزل ونحوه يوجب السقوط لعدم تمكّن المشتري معه من إرجاع العين على ما كانت عليه ، وكذا في التغيّر الاعتباري نظير الاجارة والرهن ونحوهما لعدم تمكّنه من ردّ العين بمنافعها إلى مالكها ، وقد ألحقنا به البيع اللازم كما تقدّم .

وأمّا التصرف الاعتباري غير المغيّر كالهبة أو البيع الجائزين فلا يوجب السقوط لامكان ردّ العين معه على ما كانت عليه .

وأمّا التصرف الخارجي الذي لا يوجب التغيّر في العين أيضاً فإن كان كاشفاً شخصياً عن الرضا بالمعاملة فلا إشكال في السقوط به ، إذ لا يعتبر في إسقاط الحق إلّا إبرازه بأي مبرز كان قولياً أو فعلياً ، وأمّا إن لم يكشف كشفاً شخصياً عن الرضا وإنّما كشف عنه بالكشف النوعي نظير دلالة الألفاظ فقد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) التزم فيه أيضاً بالسقوط ، إلّا أنّا منعنا عن السقوط في هذه الصورة لعدم إحراز رضا المتصرّف بالبيع ، والعين باقية بحالها فلا وجه للسقوط .

وأمّا إذا لم يكن التصرف الخارجي مغيّراً للعين ولا كاشفاً عن الرضا بالمعاملة لا بشخصه ولا بنوعه ، ففي سقوط الخيار به وعدمه خلاف وإشكال وسنتعرّض له بعد بيان التنبيه .

تنبيه : أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عبّر عن رواية موسى بن بكر المروية عن زرارة « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار إلخ » بالصحيح في موضعين أحدهما في أوائل هذا البحث[1] وثانيهما في أثنائه بقوله : وأمّا الصحيحة فلا يعلم المراد من إحداث شيء إلخ ، ولعلّه (قدّس سرّه) تبع في وصفه ذلك العلّامة (قدّس سرّه) حيث وصف هذا السند بالصحيح فيما ورد بهذا السند في حكم ولد

(١) المكاسب ٥ : ٢٨٠ ، ٢٨١ .

الملاعنة على ما نقله الشيخ المامقاني (قدّس الله سرّه)(١) ولكنّه اشتباه، لعدم ثبوت أنّ موسى بن بكر إمامي وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)(٢) أنه واقفي وكذا جماعة تبعوه في وصف الرجل بالوقف، بل قد ضعّفه بعضهم، ومن هنا لم يعبّر عن هذه الرواية في الحدائق(٣) بالصحيحة وأسندها إلى زرارة فقط.

ولكن الانصاف أنّ كونه واقفياً ينافيه نقل الرجل وروايته إمامة الرضا (عليه السلام) عن الكاظم (عليه السلام) وكذا تضعيفه يعارض بما ورد في مدحه عن الأصحاب كابن إدريس في سرائره(٤) والمجلسي(٥) (قدّس سرّهما) فغاية ما هناك عدم ثبوت كون الرجل إمامياً فلا يصح وصفه بالصحيح، إلّا أنه موثّق وقد مدحوه كما تقدّم، فروايته معتبرة وإن لم يمكن وصفها بالصحيحة.

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ سقوط الخيار بالتصرف الخارجي غير المغيّر للعين فيما إذا لم يكشف عن الرضا بالمعاملة لا بشخصه ولا بنوعه كقوله للعبد المشترى ناولني الثوب أو اغلق الباب أو اطبخ الطعام محل خلاف وإشكال، وما يمكن أن يستدل به على سقوط الخيار بمثله اُمور:

الأول: ما ورد في بعض الروايات(٦) في المقام من أنّ الجماع يمنع عن الردّ ومن الظاهر أنّ جماع الأمة ليس من إحداث الحدث ومغيّراً لها عمّا هي عليه، ومع

---

(١) تنقيح المقال ٣: ٢٥٤، مختلف الشيعة ٩: ٨٨.

(٢) رجال الطوسي: ٣٤٣ / ٥١٠٨.

(٣) الحدائق ١٩: ٦١.

(٤) السرائر ٣: ٥٤٩.

(٥) لاحظ الوجيزة: ١٨٥، تنقيح المقال ٣: ٢٥٤.

(٦) الوسائل ١٨: ١٠٢ / أبواب أحكام العيوب ب ٤.

ذلك قد حكم (عليه السلام) بسقوط الخيار به ، وهذا يكشف عن أنّ التصرف الخارجي وإن لم يوجب التغيير ولم يكشف عن الرضا يوجب السقوط .

ويدفعه : أنّ الجماع إنّما أوجب السقوط لأجل ما ورد فيه من النص ولا يمكننا التعدّي عنه إلى غيره ، على أنّ حكمه (عليه السلام) بسقوط الخيار بالجماع أدل دليل على أنّ التصرف غير المغيّر لا يوجب السقوط ، وذلك لاستحالة تحقّق الجماع عادةً بلا سبقه باللمس والتقبيل ونحوهما ، فلو كانت تلك المقدّمات التي هي من التصرف غير المغيّر مسقطه للخيار فلا تصل النوبة إلى سقوطه بالجماع ، مع أنّه (عليه السلام) أسند السقوط إلى الجماع ، فمنه يظهر أنّ مقدّماته وما هو من التصرف غير المغيّر لا يوجب السقوط .

الثاني : دعوى قيام الاجماع على أنّ كل تصرف يوجب السقوط وإن لم يوجب التغيّر في العين .

وفيه أوّلاً : أنّ دعوى الاجماع على السقوط بالتصرف غير المغيّر عهدتها على مدّعيها ، إذ لا أثر من الاجماع في المقام .

وثانياً : أنّ كلمات القائلين بالسقوط بكل تصرف من أنحاء التصرفات على ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) معلّلة بأنه يكشف عن الرضا بالمعاملة ، ومن هنا فرّقوا بين التصرفات قبل العلم بالعيب وبعده فحكموا بالسقوط فيما إذا كانت بعد العلم بالعيب لأنه يكشف عن الرضا دون ما إذا كانت قبل العلم ، فمنه يظهر أنّ الاجماع على تقدير تحقّقه يختص بما إذا كان التصرف كاشفاً عن الرضا ولا يأتي في جميع الموارد .

الثالث : الرواية المتقدّمة عن موسى بن بكر التي نقلها عن زرارة لقوله (عليه السلام) « فإن أحدث فيه » إلخ فإنّ إحداث الحدث وإن لم يشمل بمفهومه اللغوي ولا العرفي مثل قوله للعبد أغلق الباب فإن عدّ ذلك من الأحداث من المضحكات ، إلّا

أنّا علمنا بأنّ المراد به في المقام عام يشمل مثل قوله ناولني واغلق أيضاً من جهة ما ورد[١] في خيار الحيوان من تفسير الحدث بالتقبيل واللمس والنظر إلى ما لا يحل لغير مالكها، وحيث حكم (عليه السلام) بأنّ ذلك من الحدث فيعلم أنّ المراد بالحدث معنى أعم يشمل النظر ومثل قوله أغلق الباب.

ويدفعه **أوّلاً**: أنّ الحكم في الأصل غير مسلّم، وذلك لأنّا إنّما حكمنا بسقوط الخيار في الأمة بالتقبيل واللمس والنظر لأجل إلحاق الرواية إيّاها بالحدث فالسقوط يختص بها تعبّداً لأجل النص ولا يصح التعدّي عن مورده.

وثانياً: هب أنّ الحكم فيه مسلّم إلّا أنه لا دليل على أنّ كل لفظ « حدث » استعمل في الروايات محمول على ما حمل عليه الحدث في أخبار خيار الحيوان وعليه فلا دليل على سقوط الخيار بالتصرف غير المغيّر في المقام، فعمومات الخيار محكّمة، هذا كلّه.

على أنّ لنا وجوهاً تدلّ على عدم سقوط الخيار بالتصرف غير الموجب لتغيير العين منها: ما تقدّم ممّا ورد في سقوط الخيار بالجماع فإنه دلّ على عدم سقوطه بمقدّماته من اللمس والتقبيل وإلّا لم تصل النوبة إلى السقوط بالجماع.

ومنها: الروايات[٢] الواردة في ردّ الأمة بعد ستة أشهر لأجل عدم حيضها ومن المعلوم أنّ عدم تصرف المشتري في الأمة ولو بمثل قوله اغلقي الباب أو النظر إليها في مدّة ستة أشهر مستحيل بحسب العادة، فمع أنه يتصرف فيها المشتري بأمثال هذه التصرفات حكم بجواز ردّها بعد ستة أشهر فيما إذا لم يقاربها في خلال تلك المدّة إلى مالكها، فمنها يظهر أنّ التصرف غير المغيّر لا يوجب السقوط.

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١.

(٢) منها ما في الوسائل ١٨ : ١٠١ / أبواب أحكام العيوب ب ٣ ح ١.

وكذا الروايات[١] الواردة في ردّ العبد أو الأمة أو غيرهما من المبيع من أحداث السنة أي من العيوب والأمراض التي لا تظهر عند المشتري بيوم أو بيومين بل بعد مدّة مديدة كسنة حتى يظهر أنّ أسباب تلك العيوب كانت متحقّقة في المبيع قبل شرائه لعدم حدوثها فيه في مدّة سنة ، مع أنّ عدم تصرف المشتري فيه في هذه المدّة بنحو من أنحاء التصرفات حتى بمثل اطبخ الطعام أو اغلق الباب أو نحوهما ممّا لا يمكن عادة ، مع أنّ الإمام لم يحكم بسقوط الخيار بمثلها بل رخّص في ردّه بعد سنة ، فمنها يظهر أن أمثال تلك التصرفات لا توجب السقوط .

ومنها : رواية موسى بن بكر عن زرارة[٢] حيث دلّت على أنّ المعاملة إنّما تمضي عليه أي على المشتري فيما إذا أحدث في المبيع شيئاً ، ومفهومها أنه إذا لم يحدث فيه شيئاً لا يسقط خياره ولا تمضي عليه المعاملة ، وقد عرفت أنّ معنى إحداث الحدث هو إحداث شيء يغيّر المبيع عمّا كان عليه ، ولا يصدق إحداث الشيء على مثل قوله للعبد ناولني الثوب ، فمن هذه الأُمور وعمومات الخيار نحكم بعدم سقوط الخيار بالتصرفات غير المغيّرة للعين فيما إذا لم يكشف عن الرضا بالمعاملة كما تقدّم .

بقي في المقام أمران :

الأول : أنه قد عرفت أنّ المناط في المقام تمكّن المشتري من ردّ المبيع إلى مالكه على ما كان عليه بحيث يصدق عرفاً أنّ العين باقية بحالها وأنّها لا تنقص عمّا كانت عليه حين قبضها من بائعها ، وبعد ذلك يقع الكلام في أنّ تغيّر العين عمّا كانت عليه هل هو يمنع عن الردّ بحدوثه أو أنه يمنع عنه ببقائه . وبعبارة أُخرى هل يكفي

---

(١) الوسائل ١٨ : ٩٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢ .

حدوث التغيّر في زمان في عدم جواز الردّ وفي سقوط الخيار حتّى فيما ارتفع عنه التغيّر ورجع إلى ما كان عليه عرفاً ، أو أنّ المانع عن الردّ هو التغيّر الموجود حال الفسخ والردّ ، وأمّا إذا ارتفع عنه التغيّر حين ردّه وصدق عليه عرفاً أنه باقٍ بحاله فلا مانع من ردّه ولو مع تغيّره قبل ذلك ؟

الظاهر هو الثاني ، لأنّ المستفاد بحسب الفهم العرفي من الروايات الواردة في المقام كقوله « إن أحدث فيه حدثاً »(١) وقوله « إن كان المبيع باقياً بعينه »(٢) هو أنّ المعتبر في جواز الفسخ عدم تغيّر المبيع عمّا كان عليه حين قبضه عند إرادة الردّ بأن لا يكون المبيع ناقصاً عمّا كان عليه ، فالمناط تغيّره وعدمه حال الرد ولا اعتبار بتغيّره وعدمه قبل ذلك .

وبعبارة اُخرى : مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع في المقام أنّ المانع عن الردّ هو التغيّر بحسب البقاء ولا اعتبار بالتغيّر بحدوثه .

وبعبارة ثالثة : أنّ الحكم وهو سقوط الردّ بالتصرف حكم على خلاف القاعدة وإنّما ثبت منّة على البائع حتى لا يتضرّر بردّ ماله إليه ناقصاً عمّا كان عليه وإذا زال التغيّر وصار المبيع كحالته الأوّلية وصدق عليه عرفاً أنه باقٍ بحاله فلا يكون في ردّه إليه ضرر وخلاف منّة كما هو ظاهر ، فإذا فرضنا أنّ المشتري أحدث في العبد المشترى شيئاً كما إذا كسر رأسه وتغيّر العبد عمّا كان عليه ثم عالجه حتى صار رأسه كسابقه فعلم فيه بالعيب ، فلا مانع من ردّه إلى مالكه لعدم تغيّره عمّا هو عليه حين ردّه عرفاً ، أو إذا مرض المبيع عنده مرضاً صعباً ثم عالجه حتى برأ من مرضه فظفر بالعيب فيه ، فله ردّه إلى بائعه لعدم تغيّره حين ردّه ، هذا كلّه في التغيّرات الخارجية .

---

(١) ، (٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٧ ح ٢ ، ٣ (مع اختلاف يسير) .

ومنه يظهر حال التغيّرات الاعتبارية كما إذا فرضنا أنه قد آجر العين المشتراة وبعد انقضاء مدّة الاجارة علم بعيبها ، أو زوّج الأمة المشتراة فأحدث فيها العلقة الزوجية الاعتبارية ثم مات زوجها ، أو طلّقها فاعتدّت عدّة الوفاة ثم ظفر بعيبها ، فله أن يردّ المبيع إلى مالكه لأنه حين ردّه باقٍ على ما كان عليه وغير متغيّر عن سابقه ، وكذلك الحال فيما إذا باع العين المشتراة ثم مات المشتري وانتقل العين إليه لأنه وارثه ، أو فسخ المعاملة أو اشتراها منه ، ففي جميع تلك الصور لمّا صدق على العين أنّها باقية بحالها حين ردّها جاز للمشتري فسخ المعاملة وردّها إلى مالكها .

الأمر الثاني : أنّ التصرف وإن وقع الخلاف في أنه يسقط الخيار على الاطلاق أو فيما إذا كان بنوعه أو بشخصه كاشفاً عن الرضا بالبيع ، إلّا أنّ الأصحاب تسالموا على أنّ وطء الجارية يوجب سقوط الخيار ويمنع عن الردّ مطلقاً كان مع الالتفات أم بدونه ، كشف عن الرضا أم لم يكن فيه كشف ، فلا خلاف بينهم في أنه يوجب السقوط ، وكونه كذلك ممّا لا كلام فيه وإنّما الكلام في مدرك ذلك .

فربما يستدل على ذلك بالأخبار الكثيرة الواردة في أنّ الوطء يمنع الردّ وسيأتي تفصيل الكلام فيها عن قريب إن شاء الله تعالى .

وأُخرى يستدل عليه كما عن العلّامة (قدّس سرّه)[١] بأنّ الوطء جناية ومن هنا وجب غرامة جزء من القيمة ودفعها إلى مالكها ، فالوطء نظير غيره من الجنايات كما إذا كسر رأسها فكما يجب فيه الغرامة كذلك في الوطء ، وكما أنّ سائر الجنايات يوجب تغيّر المبيع عمّا كان عليه فيمنع عن الردّ كذلك الوطء يوجب التغيّر فيكون مانعاً عن الردّ ، ولعلّه إلى ذلك ينظر ما عن الاسكافي ابن الجنيد (قدّس

(١) التذكرة ١١ : ٩٣ .

سرّه)[١] من أنّ الوطء لا يمكن معه الردّ لأنّه مع الوطء لا يرجع إلى ما كان عليه من وصف عدم الوطء ، بأن يريد (قدّس سرّه) أنّ الوطء جناية كسائر الجنايات وهي توجب تغيّراً في العين ، وإلّا فما أفاده من أنّ المبيع لا يبقى على ما كان عليه مع الوطء لا يرجع إلى محصّل ، لأنّ النظر إليه أيضاً كذلك ، فإنّ المبيع بعد النظر إليه لا يبقى على ما كان عليه من عدم كونه منظوراً إليه ، لأنّ النظر لا ينقلب إلى العدم بعد الوجود .

وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] قد سلّم كون الوطء جناية وقرّبه بما ورد في الأخبار من قول أمير المؤمنين (عليه السلام) « معاذ الله أن أجعل لها أجراً »[٣] بمعنى أنّ الوطء لو لم يمنع الردّ وجاز للمشتري الواطء ردّ الأمة إلى مالكها لوجب أن يردّ معها شيئاً تداركاً لهذا الوطء والجناية ، إذ ردّها إلى مالكها بلا شيء معها مع وطئها لا يستقيم ، وردّه شيئاً معها يشبه الأجر وقد استعاذ منه الإمام (عليه السلام) فمنه يستكشف أنّ الردّ مع الوطء لا يمكن .

لا يقال : إنّ وطء الأمة نظير غيره من استيفاء منافع العين قبل ردّها ، ومن الظاهر أنّ استيفاء منافع العين قبل ردّها لا يوجب دفع عوضها إلى البائع ، لأنه قد استوفاها في ملكه كما إذا ردّ بيع الدار بعد سكناها ستّة أشهر لعلمه بعيبها حينذاك إذ لا يجب عليه ردّ قيمة السكنى مدّة ستة أشهر إلى مالك الدار وهذا ظاهر ، وعليه فللواطء أن يردّ الأمة بعد وطئها بلا عوض ولا شيء .

فإنه يقال : الوطء ليس من استيفاء المنفعة بمقتضى هذه الروايات حيث دلّت على أنها لو ردّت لوجب ردّ شيء معها وهو غير ممكن لأنه يشبه الأجر ، هذا

---

(١) حكى عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٢٠٦ .

(٢) المكاسب ٥ : ٢٩١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١٠٤ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٨.

ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

وفيما أفاده كلام وإشكال ، وذلك لأنّ عدّ الوطء جناية ممّا لا وجه له ، نعم وطء البكر كذلك لأنه يلغي وصفها الكمالية وبه يجب على الواطىء ردّ ما يقابل تلك الصفة الكمالية ، وأمّا في غير البكر فلا وإلّا لكان الأمر كذلك في جميع الموارد كما إذا أمر أمته بالزنا أو عبده باللواط أفهل يجب فيهما ردّ أرش الجناية ، لأنّ الوطء نظير غيره من الجنايات على أمته أو عبده مع أنّهم لا يلتزمون به . أو فرضنا أنه وطئ الأمة شبهة كما إذا اشتراها من زيد فوطئها بحسبان أنّها مملوكة زيد فبان أنّها مملوكة عمرو فإنه لا يجب عليه ردّ أرش الجناية . نعم يجب على الواطء ردّ ما يقابل عمله وهو استحلاله فرجها كما ثبت في وطء الحامل على ما سيأتي من أنه لا يمنع عن الردّ بل يردّها مع شيء عوضاً عمّا استحلّه من فرجها .

وبعبارة اُخرى : أنّ ردّ الأمة بعد وطئها بلا شيء ولا عوض ينافي ضرورة المذهب ، بل لابدّ من ردّه معها شيئاً عوضاً عمّا استحلّه من البُضع .

وعليه فيقع الكلام في وجه استنكار الإمام (عليه السلام) واستعاذته عن أن يجعل لها أجراً مع ثبوت ذلك في الحامل وغيرها من الموارد فليكن المقام أيضاً كذلك ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري أنّ الوجه في استعاذة الإمام (عليه السلام) هو التقيّة بمعنى أنّ الحكم الواقعي هو عدم جواز ردّ الأمة في المقام بعد وطئها إلى مالكها ووجوب ردّ البائع للمشتري الأرش لعيب الأمة حسب الفرض ، ولكن العامّة(١) لا يرون مانعاً عن ردّ الأمة مع الوطء إلّا أنّهم يمنعون عن الأجر للفروج ومن هنا يرون المتعة محرّمة تبعاً لأسلافهم ، والإمام (عليه السلام) بيّن الحكم الواقعي بكيفية موافقة للتقية حيث حكم بعدم ردّ الجارية مع الوطء معلّلاً بأنّ ردّها بلا شيء لا

(١) المغني ٤ : ٢٥٩ ، الحاوي الكبير ٥ : ٢٤٦ ، بداية المجتهد ٢ : ١٨٢ .

يستقيم ردّها مع العوض من الأجر ومعاذ الله أن يجعل لها أجراً . وهذا الذي أفاده (قدّس سرّه) من البعد بمكان .

والأولى في وجه الاستعاذة ما أفاده صاحب الجواهر (قدّس سرّه)(١) بتقريب أنّ النبي (صلّى الله عليه وآله) إنّما حكم بعدم ردّ الجارية بعد وطئها ولم يرخّص ردّها مع الوطء والأجر في المقام ، والإمام (عليه السلام) لم يستعذ عن جعل الأجر في الشريعة المقدّسة كيف وهو ثابت في الحامل كما سيأتي ، وإنّما استعاذ من أن يجعل هو (سلام الله عليه) الأجر في المقام لأنّه تشريع والنبي (صلّى الله عليه وآله) لم يرخّص في ردّ الأمة بعد الوطء مع الأجر فكيف يشرّعه الإمام ، فلذا عبّر (سلام الله عليه) بصيغة المتكلّم « معاذ الله أن أجعل » ولم يقل معاذ الله أن يكون لها أجر ، وهذا الحمل لا بأس به ، والمتلخّص أنّ الوجه في منع الوطء عن الردّ هو الأخبار ، وأمّا غيرها فلا دليل آخر يمنع عن الردّ مع الوطء فما أفاده الاسكافي والعلّامة (قدّس سرّهما) لا أساس له .

وبالجملة : الدليل على مانعية الوطء عن الردّ هو الأخبار الواردة في أنه إذا وطئ الأمة المشتراة ثم وجد بها عيباً ليس له ردّها إلى مالكها ، وليس الوجه في ذلك ما ذكره العلّامة وابن الجنيد من أنّ الوطء جناية كما تقدّم .

ثم إنّ هذه الأخبار الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ وردت تخصيصاً على الأدلّة العامة المتقدّمة الدالّة على الخيار عند ظهور العيب في المبيع وعدم سقوطه بمجرد التصرف غير المغيّر للعين ، هذا .

ثم إنه ورد في المقام تخصيص آخر على هذا المخصّص أعني الأخبار الدالّة على أنّ الوطء يمنع الرد وخصّصه بما إذا لم تكن الجارية حبلى ، وأمّا إذا كانت حاملاً

---

(١) لاحظ الجواهر ٢٣ : ٢٥٤ .

وحبلى فالوطء لا يمنع عن ردّها إلى بائعها ويرد معها نصف عشر قيمتها(١) أو عشر قيمتها إذا كانت بكراً ونصف العشر إذا كانت ثيّباً على رواية الكافي(٢) وهذا المخصص الآخر هو الروايات المتعدّدة الدالّة على أنّ الأمة إذا كانت حبلى لا يمنع وطئها عن ردّها إلى بائعها مع ردّ نصف عشر قيمتها أو عشر قيمتها معها ، وهذه الأخبار مخصصة للأخبار الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ وقد أفتى بمضمونها المشهور ، وكلماتهم غير منقّحة في المقام فإنهم ذكروا أنّ الوطء في الحبلى لا يمنع الرد ولم يتعرّضوا إلى أنّ نفس الحبل عيب وأنّ الرد يكون به أو بعيب آخر ، فإذا وطئها ثم ظهر أنّها حبلى فله ردّها إلى مالكها كانت بها عيب آخر أم لم يكن ، أو أنّ نفس الحبل والحمل ليس عيباً يوجب الخيار بل إذا وطئ الجارية وظهرت معيبة بشيء من العيوب فلا يمنع الوطء عن ردّها إذا كانت حبلى .

وكيف كان ، فلم يظهر من كلماتهم أنّ نفس الحبل عيب أو ليس بعيب وإن كان ربما يستفاد منها ذلك ، ولذا ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ ظهور الحبل عيب وسنتعرّض لتحقيقه ، فالكلام الآن ليس من تلك الجهة بل إنّما الكلام في الاستثناء عن الاستثناء أعني الأخبار الدالّة على أنّ الوطء لا يمنع الردّ إذا كانت الأمة حبلى ، وقد عرفت أنّ المشهور أفتوا على طبقها وقد خالفهم في ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) وذهب إلى أنّ الوطء يمنع عن الردّ مطلقاً كانت الأمة حبلى أم لم تكن ، وأسند ذلك إلى جماعة كالاسكافي(٤)

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٥ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ١ .

(٢) الكافي ٥ : ٢١٤ / ٣ .

(٣) المكاسب ٥ : ٢٩٥ .

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٢٠٦ .

والعلّامة(١) والشيخ في النهاية(٢) (قدّس سرّهم) بل إلى الشيخ في المبسوط(٣) أيضاً (قدّس سرّه) لسكوته عن هذا الاستثناء وعدم تعرّضه إلى أنّ الوطء في الحبلى لا يمنع الردّ، ومنه يستظهر أنّ الشيخ لا يرى صحة هذا الاستثناء مع التفاته إلى الأخبار الواردة في المقام وأنّ وطء الحبلى لا يمنع عن الردّ، بل يرى الوطء مانعاً عن الردّ مطلقاً، وهذا نعم الاستظهار، لأنّ مثل الشيخ المطّلع على الأخبار إذا سكت ولم يستدل بها على عدم مانعية الوطء عن الردّ في الحبلى فمعناه أنّه لا يراها تماماً، وقد حمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وغيره من المانعين عن الاستثناء هذه الأخبار الواردة في المقام على خصوص أُمّ الولد، وأنّ الأمة إذا ظهرت حاملاً من بائعها ومولاها وكانت أُمّ ولد فالوطء فيها لا يمنع عن ردّها إلى مالكها، لأنّ المعاملة باطلة حينئذ ولا يفرّق بين الوطء وعدمه، وأمّا في غير الحبلى من مولاها كالحامل من زوجها وهو عبد أو الحامل من زنا فالوطء يمنع عن ردّها إلى بائعها. وبعبارة أُخرى: الخيار إنّما يثبت في المعاملات الصحيحة وبيع أُمّ الولد فاسد فكيف يثبت فيه الخيار حتّى لا يمنع عنه الوطء، هذا.

وقد استدلّ على ما ذهب إليه بوجوه: **الأول:** أنّ الصحيحتين الأُولى والأخيرة وهي صحيحة ابن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام)(٤) وصحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام)(٥) وغيرهما كمرسلة ابن أبي عمير(٦) مشتملتان على الجملة الخبرية وهي قوله (عليه السلام) «يردّها على الذي ابتاعها منه ويردّ معها

---

(١) المختلف ٥: ٢٠٦.

(٢) النهاية: ٣٩٣.

(٣) المبسوط ٢: ١٢٧.

(٤)، (٥)، (٦) الوسائل ١٨: ١٠٥ / أبواب أحكام العيوب ب٥ ح١، ٦، ٩.

نصف عشر قيمتها » والجملات الخبرية الواردة في مقام الانشاء ظاهرة في الوجوب كما بيّناه في محلّه[١] فعلى ما ذكرناه من حمل الروايات على خصوص الحبلى من مولاها أي أُمّ الولد هذا الظهور تام ، لأنّ بيع أُمّ الولد فاسد فيجب ردّها إلى مالكها فالوجوب بحاله ، وأمّا إذا حملناها على مطلق الحبلى كانت أُمّ ولد أم لم تكن فالاحتفاظ بالظهور غير ممكن ، لأنّ المشهور قائلون بالخيار مع الوطء في الحبلى ويرون الوطء غير مانع عن إعماله ، ومن الظاهر أنّ الخيار لا يوجب الرد بل يتخيّر بينه وبين طرفيه ، فلو رفعنا اليد عن ظهور الجملة الخبرية في الوجوب بحملها على الجواز فهو ارتكاب لخلاف الظاهر في الأخبار ، فإن قلنا إنّ الجملة الخبرية وإن كانت ظاهرة في الوجوب إلّا أنّها لمّا وردت في مقام توهم الحظر ففي خصوص المقام لا تكون ظاهرة في الوجوب ، لأنّ ورودها في ذلك المقام قرينة عامّة على إرادة الجواز ، فلابدّ من تخصيص الحبلى حينئذ بخصوص الحبلى من غير مولاها لأنّها التي يتوهم في مثلها كون الوطء مانعاً عن الردّ ، وقد وردت الأخبار المتقدّمة ودلّت على أنّ الوطء لا يمنع عن الردّ حينذاك بل هو على خياره وكل من الردّ وعدمه جائز .

وأمّا إذا حملنا الحبلى على أُمّ الولد أي الحبلى من خصوص مولاها أو عمّمناها للحبلى من مولاها وغيره لما كان المورد من موارد توهّم الحظر فإنّ بيع أُمّ الولد فاسد ولا وجه لتوهّم عدم جواز الردّ في مثلها بل لابدّ من ردّها إلى مالكها مع الوطء وعدمه ، فلا يمكن حمل الأخبار والجملات الخبرية على الورود في مورد توهّم الحظر بوجه ، ولا يصح ذلك إلّا بتخصيص الحبلى بالحامل من غير مولاه ومن الظاهر أنّه تخصيص بلا وجه وعلى خلاف إطلاقها ، فإذا لم يصح تخصيصها بالحامل من غير مولاه فلا يصح ورود الجملات الخبرية في مقام توهم الحظر ، فلا

(١) محاضرات في أُصول الفقه ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٣) : ٤٨٤ وما بعدها .

يمكن رفع ظهورها في الوجوب بذلك ، فإذا أردنا حملها على الجواز فيكون هذا من ارتكاب خلاف الظهور .

والمتحصّل : أنّ كلاً من التخصيص بالحبلى من غير مولاه ومخالفة ظاهر الجملة الخبرية بحملها على الجواز بعيد وعلى خلاف الظهور ، هذا .

قلت : بل يمكن أن يقال إنّ حمل جملة « يردّها » على الجواز غير ممكن لاستلزامه مخالفة ظاهر السياق ، فإنّ الإمام (عليه السلام) قال بعد قوله (عليه السلام) يردّها إلى بائعها « ويردّ نصف عشر قيمتها » ومن الظاهر أنّ جملة « يردّ نصف » الخ مستعملة في الوجوب ، لوجوب ردّ ذلك في الوطء عند إرادة الردّ ، لأنه عوض عمّا استحلّه من فرجها كما في بعض الأخبار ، فحمل الجملة « يردّها » على الجواز وجملة « يردّ نصف » الخ على الوجوب مخالف لوحدة السياق ، وهذا ظاهر .

الثاني : أنّ الأخبار الواردة في المقام قد دلّت على وجوب ردّ شيء من نصف عشر قيمتها أو عشر قيمتها أو كسوتها معها ويعبّر عن ذلك بالعُقر أي عوض الوطء من غير استحقاق ، فإذا كانت المرأة حرّة وقد وطئها بالشبهة فيجب عليه ردّ مهر مثلها ، لأنه كالوطء الصحيح من حيث المهر وغيره من الآثار ولذا قلنا بلحوق الولد به ، وأمّا إذا كانت أمة فيجب ردّ شيء من قيمتها ، إلّا أنّ هذا العُقر إنّما هو في ملك الغير ، وفي المقام إنّما وطئ ملك نفسه ولا عقر في وطء المملوكة للواطء بوجه ، هذا .

وأمّا لو حملنا الحبلى على أُمّ الولد أي الحامل من مولاها فالعُقر في محلّه ، لأنّ أُمّ الولد ملك بائعها وبيعها فاسد ولم تنتقل إلى المشتري وإنّما وطئ ملك غيره ووجب عليه العقر ، فلا يمكن حملها على مطلق الحبلى لاستلزامه العقر في وطء ملك نفسه ، فإن قلنا إنّ الفسخ في المقام يكشف عن عدم الملك من الابتداء لأنّ الردّ فسخ العقد من أصله لا من حينه فيكون الوطء واقعاً في غير ملكه ، إذ المفروض أنّ عدم الفسخ نظير الشرط المتأخّر فوجوده يكشف عن عدم انتقالها إليه من

الابتداء ، والوطء وقع في غير مملوكية نفسه فثبوت العقر في محلّه ، فهذا خلاف قاعدة كون الردّ فسخاً للعقد من حينه لا من أصله ، فكل من الالتزام بالعقر في وطء ملكه أو الالتزام بكون الرد فسخاً من أصله بعيد وعلى خلاف القواعد .

الثالث : أنّ حمل الحبلى على الحامل من غير مولاها يستلزم التخصيص في الأدلّة الدالّة على أنّ الوطء ومطلق التصرف يمنع ردّها فإنه تخصيص واستثناء منها بمعنى أنّ الوطء والتصرّف يمنع الردّ إلّا الوطء في الحبلى ، وهذا بخلاف حملها على أُمّ الولد والحامل من مولاها فإنّه مخصّص لبطلان البيع ، وليس فيه تخصيص لتلك الأدلّة الدالّة على سقوط الخيار مع الوطء والتصرف ، فإنّ الخيار يثبت في المعاملة الصحيحة والبيع باطل في المقام ، فلأجل التحفّظ على عمومات تلك الأدلّة وظهورها في العموم نحمل الحبلى على خصوص الحبلى من سيدها .

الرابع : أنّ في بعض الروايات إشارة إلى أنّ المراد بالحبلى هو خصوص أُمّ الولد والحبلى من مولاها ، والاشارة استفادها من موردين أحدهما : من قول الراوي في مرسلة ابن أبي عمير في فرض السؤال « رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم »(١) فإنّ فرض الجهل إنّما يناسب كون الأمة أُمّ ولد لأنّها التي لا يصح بيعها ولا يقدم عليه البائع عند علمه بأنّها كذلك ، وأمّا مطلق الحبلى أي غير أُمّ الولد فلا مانع من بيعها في صورتي العلم والجهل لصحّته على كل تقدير .

وثانيهما : قول الإمام (عليه السلام) في صحيحة محمد بن مسلم « يكسوها »(٢) فإنّ هذا مناسب لأُمّ الولد المتشبّثة بالحرية ، إذ لو كانت أمة لوجب ردّ شيء من قيمتها ، وأمّا الأمة أمّ الولد فهي كالحرّة فكما أنه إذا طلّقها أي الحرّة ولم يعيّن مهرها

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٧ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٦ .

في عقدها يجب عليه أن يكسوها فكذلك في ردّ الأمة ذات الولد لتشبّثها بالحرية .

الخامس : أنّ الأخبار الواردة في أنّ وطء الحامل لا يمنع عن الردّ ظاهرة في كون الرد بعد تصرّف المشتري في الجارية بغير الوطء من مثل اسقيني الماء وأغلق الباب ونحوهما ممّا قلّ أن تنفك الجارية عنها ، وقد عرفت أنّ مطلق التصرف مانع عن الردّ ، فحينئذ لابدّ إمّا أن نقيّد هذه الأخبار بصورة عدم وقوع مثل هذه التصرفات ، وإمّا أن نقيّد الحبل بكونه من المولى ونحملها على الحبلى من مولاها وحيث إنّ التقييد الأول تقييد بالفرض النادر فيتعيّن الثاني . وإنّما التزمنا بالتقييد الأول في غير هذه الأخبار ممّا دلّ على جواز ردّ الجارية بعد مدّة طويلة كستّة أشهر لأجل الدليل الدالّ على اللزوم بالتصرف وعدم إمكان التقييد بنحو آخر .

ثم أفاد أنّ غاية الأمر تعارض هذه الأخبار الدالّة على عدم مانعية الوطء في الحامل عن الرد مع ما دلّ من الأخبار على مانعية الوطء عن الردّ بالعموم من وجه ومقتضى القاعدة سقوطهما في مادة الاجتماع ، لأنّ تعارضهما بالاطلاق وفرضهما كأن لم يكونا ، فنرجع إلى عمومات مسقطية التصرف ومنعه عن الردّ ، فتكون النتيجة كون الوطء في الحامل من غير مولاها مانعاً عن الردّ بعنوان أنه تصرف لا بعنوان كونه وطئاً وهو قول الاسكافي[1] وابن إدريس[2] والعلّامة[3] وصاحب الرياض[4] على خلاف المشهور ، هذا إذا لم نقل بتقديم الأخبار الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ مطلقاً لما فيها من الترجيح بالوجوه الأربعة المتقدّمة غير الوجه

(١) حكى عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٢٠٦ .

(٢) السرائر ٢ : ٢٩٨ .

(٣) المختلف ٥ : ٢٠٦ .

(٤) الرياض ٨ : ٣٨٧ .

الرابع .

ثم إنّ الوجه في كون تعارضهما بالعموم من وجه هو أنّ الأخبار الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ مطلقة من حيث كون الوطء متعلّقاً بالحامل وغيرها وخاصّة من ناحية عدم شمولها لوطء الحامل من سيّدها، لأنّها إنّما وردت في المعاملة الصحيحة في نفسها ودلّت على لزومها على تقدير الوطء وجوازها على تقدير عدم الوطء، وهذا إنّما يتصوّر في البيع الصحيح وبيع الحامل من سيّدها باطل ، والأخبار الدالّة على عدم مانعية الوطء في الحامل وإن كانت خاصّة من حيث الحامل إلّا أنّها مطلقة من حيث كون الحمل من سيّدها وغير سيّدها ، فيتعارضان في مادّة الاجتماع وهي الحامل مع كون الوطء من غير سيّدها، فإنّ الثانية تدلّ على عدم سقوط الخيار حينئذ والأُولى تدلّ على سقوطه، ولهما مادّتا افتراق فهي من طرف الطائفة الثانية هو الوطء في الحامل من سيّدها لأنّها تقتضي عدم مانعية الوطء عن ردّها ، ولا يشملها الطائفة الأُولى لما عرفت من أنّها لا تدلّ على كون الوطء فيها مانعاً لاختصاصها بالبيع الصحيح، وأمّا من طرف الطائفة الأُولى فهو الوطء في غير الحامل لأنّها تقتضي كون الوطء فيها مانعاً عن الردّ ولا يشملها الطائفة الثانية لاختصاصها بالحبلى كما لا يخفى.

ثم ذكر (قدّس سرّه) أنّه يمكن الرجوع في المقام بعد تساقط الاطلاقين إلى مرسلة جميل بن درّاج فإنّها قد جعلت المناط في الردّ وعدمه بقاء العين بحالها وعدمه ، وحيث إنّ الأمة بالوطء لا تتغيّر عمّا كانت عليه ويصدق معه أنّها باقية بحالها ، فلا يكون الوطء في الحبلى مانعاً عن الردّ كما هو مقالة المشهور ، ومعه لا يصح ما ذكره الرياض والاسكافي وغيرهما من كون الوطء مطلقاً مانعاً عن الردّ ثم قال : لو نوقش في عموم ما دلّ على مسقطية مطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطء ، ثم استشكل في ذلك بأنّ غاية ما يثبت حينئذ عدم كون الوطء مانعاً عن الرد وكون البيع جائزاً وأمّا وجوب ردّ عشر قيمتها أو

نصف العشر كما تضمّنته الأخبار الواردة في المقام والتزم به المشهور فلا ، لأنّا فرضنا سقوط الطائفتين عن الحجّية لتعارضهما فلا يتم مقالة المشهور حينئذ اللهم إلّا أن يتشبّث بالاجماع المركّب وعدم القول بالفصل ، فإنّ كل من قال بجواز الردّ مع الوطء في الحبلى قال بلزوم ردّ عشر قيمتها أو نصف العشر ، ولا قائل بالفصل بأن يرخّص في ردّها ويمنع عن ردّ عشر قيمتها أو نصف عشرها ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

والعمدة من هذه الوجوه هو الوجه الأول والوجه الأخير ، إلّا أنّ الصحيح هو ما ذهب إليه المشهور من أنّ الوطء في الحبلى لا يمنع عن الرد ، ولا يمكن المساعدة على ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام ، وما ذكره من الوجوه لا يرجع إلى محصّل .

أمّا الوجه الأول الذي هو العمدة فيما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ، فلأنّ ما أفاده[1] من ظهور الجملة الخبرية في الوجوب وإن كان صحيحاً إلّا أنه لا يثبت ما رامه (قدّس سرّه) وذلك لأنّ تلك الأخبار الواردة في عدم مانعية الوطء عن الردّ في الحبلى بأجمعها من أوّلها إلى آخرها إنّما وردت في المعاملة الصحيحة في حدّ نفسها وسيقت لأجل بيان لزومها على تقدير كون الموطوءة غير حبلى وجوازها على

---

(١) وحاصل هذا الجواب : أنّ المراد من قوله « ترد » هو الفسخ كما أنّ المراد من « لا ترد » عدم فسخ المعاملة ، وهذا يختص بالبيع الصحيح وهو بيع الحبلى من غير سيّدها ، لأنّ الحبلى من مولاها أُم ولد وبيعها باطل ولا معنى للفسخ في بيع باطل . ويدلّ على ما ذكرناه استشهاد الإمام (عليه السلام) بقول أمير المؤمنين (عليه السلام) وقرينة المقابلة بين قوله « ترد » و « لا ترد » وهما قرينتان على وحدة المورد للردّ إذا كانت حبلى ، وعدمه إذا لم يكن كذلك .

تقدير كونها حبلى ، وعليه فالحامل من سيّدها خارجة عن مورد تلك الروايات بأجمعها ، لأنّ بيعها باطل فموردها غير الحامل من سيّدها .

وبعبارة أُخرى : أنّ مورد تلك الروايات والروايات الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ واحد ، ففي المورد الذي حكموا فيه بسقوط الخيار لأجل الوطء دلّت تلك الروايات على عدم سقوطه فيما إذا كانت الأمة حبلى ، فهي مخصّصة وشارحة لما دلّ على مانعية الوطء ، ومن الظاهر أنّ مورد الروايات الأُولى الدالّة على مانعية الوطء عن الردّ هو البيع الصحيح دون الباطل كالأمة الحبلى من سيّدها .

والذي يدلّ على اتّحاد مورد الطائفتين وعلى أنّ الروايات غير ناظرة إلى الحامل من سيّدها استشهاد الإمام (عليه السلام) في صحيحة ابن سنان بقول أمير المؤمنين (عليه السلام) بعد حكمه (عليه السلام) برد الأمة الحبلى بعد وطئها إلى صاحبها وردّ نصف عشر قيمتها بقوله « قال علي (عليه السلام) لا ترد التي ليست بحبلى » فإنّ هذا الاستشهاد أقوى دليل على أنّ مورد حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) بعدم ردّ الأمة إذا وطئت ومورد حكم أبي عبدالله (عليه السلام) بردّها مع الوطء واحد ولكنّه إذا كانت حبلى ترد وإن لم تكن حبلى لا ترد ، ومن الظاهر أنّ المورد الذي حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) بعدم الردّ بعد الوطء هو البيع الصحيح ، أعني الأمة غير الحبلى ، فيكون مورد حكم أبي عبدالله (عليه السلام) بالردّ بعد الوطء أيضاً هو البيع الصحيح أعني الأمة إذا كانت حبلى من غير سيّدها ، إذ بيع الحامل من سيّدها باطل ، لأنّ مورد حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) لو كان غير مورد حكم أبي عبدالله (عليه السلام) بأن كان مورد حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) في البيع الصحيح وهو الأمة غير الحبلى ومورد حكم أبي عبدالله (عليه السلام) بالرد هو الحامل من سيّدها لما كان للاستشهاد وجه ، فإنّ حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) في غير أُمّ الولد وحكم أبي عبدالله في بيع أُمّ الولد ، وأي ربط لأحدهما بالآخر حتى يستشهد

(عليه السلام) بحكم أمير المؤمنين (عليه السلام) فلابدّ من أن يكون موردهما واحداً ويحكم فيه أبو عبدالله بالرد ويستشهد بحكم أمير المؤمنين (عليه السلام) على مطلبه بأنّه (عليه السلام) أيضاً لم يمنع عن الرد في هذا المورد وإنّما منع عنه فيما إذا لم تكن الأمة حبلى ، ويدفع احتمال المنافاة بين حكمه وحكم أمير المؤمنين (عليه السلام) بأنّ ما قرع سمعك من عدم الردّ مع الوطء إنّما هو في الحبلى ، بل لو كان مورد حكم أبي عبدالله هو الحامل من سيّدها لما كان لتقييده بالحامل وبالوطء مجال ، لأنّ بيع أُمّ الولد باطل مع الوطء وبدونه ومع كونها حبلى وعدمه كما إذا كان له ولد يمشي على وجه الأرض ، وعليه فالحامل من سيّدها خارج عن مورد الروايات وتختصّ بالحامل من غير سيّدها .

وظهور الجملة الخبرية في الوجوب كما أفاده تامّ إلّا أنه إذا لم يحتف بالقرينة على إرادة غير الوجوب ، وهي موجودة في المقام أعني ورودها في مقام توهم الحظر وهي قرينة على عدم إرادة الوجوب .

ثم إنّ المراد بقوله « ترد » ليس هو الرد الخارجي المكاني بأن يكون أخذ الأمة من داره وإيصالها إلى دار سيّدها واجباً في الشريعة المقدّسة فإنّ ابقاءها في داره جائز لاجارة ونحوها ، بل المراد هو ردّ بيعها وعقدها أي ردّ الملكية ، وهذا التعبير شائع في الاصطلاح عند إرادة الفسخ والردّ ويكنّى به عن الفسخ ردّ بيعها فالمراد بالردّ في جميع تلك الأخبار من أوّلها إلى آخرها هو الفسخ دون الردّ الخارجي كما هو ظاهر ، ومن الظاهر أنّ الفسخ إنّما يتصوّر في البيع الصحيح وهو الحامل من غير سيّدها ، وأمّا الحامل من مولاها أي أُمّ الولد فبيعها غير واقع حتى يفسخ ، لأنّها لم يدخل في ملكه حتى يردّها في الملك فهذا التعبير لا يصح في أُمّ الولد أصلاً فيختصّ بغير الحامل من سيّدها ، وعليه فيكون ظهور الجملة الخبرية في الوجوب غير مراد لأجل ورودها في مقام توهم الحظر .

على أنّ في بعض الأخبار قد قوبل قوله « ترد » بقوله « لا ترد التي ليست بحبلى » كما في رواية عبدالملك بن عمرو عن أبي عبدالله[1] ومقتضى المقابلة بين « ترد » و « لا ترد » هو أنّ المراد من جملة « ترد » هو الجواز ، لأنّ المراد من مقابله « لا ترد » هو عدم الجواز فيكون مقابله « ترد » بمعنى الجواز ، إذ ليس المراد من قوله « لا ترد » عدم الوجوب وإلّا يفيد جواز الردّ في غير الحبلى مع الوطء مع أنّه غير مراد ، فقرينة المقابلة في هذه الروايات وقرينة ورودها في مقام توهم الحظر في غيرها دالّتان على إرادة الجواز من الجملة الخبرية دون الوجوب ، هذا كلّه في جواب الوجه الأول .

وأمّا الوجه الثاني : فالجواب عنه أنّ الشارع إذا حكم بعدم مانعية الوطء في الحامل ولكن أوجب ردّ شيء من عشر قيمتها أو نصف عشرها عند ردّها فلا محيص لنا من الأخذ به تعبّداً ولو كان الوطء في ملكه ، والاشكال في أنه لماذا وجب العقر لأنه وقع في ملكه إيراد على حكم الشارع وملاكه ونحن غير مكلّفين باستكشاف ملاكات الأحكام ، ولعلّه لاحترام المسلمة وأن لا يكون وطئها بلا عوض .

وأمّا الوجه الثالث : فجوابه ظاهر ، لأنّا إذا قلنا بظهور تلك الروايات في الحامل من غير سيّدها فلا محيص من تخصيص أدلة المسقطات وما دلّ على أنّ التصرف أو الوطء مسقط بما إذا لم تكن الأمة حبلى من غير سيّدها .

وأمّا الجواب عن الوجه الرابع فملخّصه : أنّ التقييد بجهل البائع لم يقع في كلام الامام حتى يناط به الأحكام وإنّما وقع في كلام الراوي ، ومن ابتلي بسؤالات العوام يرى أنّهم يأخذون قيوداً في أسئلتهم من دون أن يكون لها أثر ودخل

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٥ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٣ .

فتراهم يقولون إنّي دخلت الدار أو نمت أو كان الهواء حارّاً وكان كذا مع أنّها غير دخيلة في الحكم أبداً ، ولا ينحصر فائدة التقييد في خصوص كون الحبلى حاملاً من سيّدها ، إذ لعلّه من جهة أنّ البائع لو كان عالماً لأخبر به المشتري حذراً من الغش الحرام وببالي أنّ الشيخ (قدّس سرّه) يحكم بالحرمة في مثل ذلك أو فراراً عن الخيار للمشتري بعد علمه بالعيب وهذه نعمت الفائدة هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ الرواية غير معتبرة . وأمّا الاستشهاد بما في رواية ابن مسلم من قوله (عليه السلام) « ويكسوها » فهو أيضاً لا يرجع إلى محصّل ، لأنّ تعيين الكسوة إنّما هو من جهة أنّها من أحد فردي الواجب التخييري عند ردّ الحبلى مع وطئها ، إذ يجب حينئذ أن يردّ معها نصف عشر قيمتها أو عشر قيمتها أو يردّ معها الكسوة كما سنبيّنه في محلّه إن شاء الله تعالى ، فلا يستفاد منها أنّ الكسوة من جهة تشبّثها بالحرّية كما لا يخفى .

وأمّا الوجه الخامس الذي حاصله : أنّ الرد في الرواية ظاهر في كونه بعد التصرف في الأمة بمثل اغلقي الباب أو اطبخي الطعام ، فيكون جواز الرد مستلزماً لعدم كون التصرّفات المذكورة مانعة عن الردّ مع أنّها تمنع عن الرد بلا ريب ، وتقييد الروايات بما إذا لم تتحقّق تلك التصرفات تقييد بالفرد النادر ، ثم تنزّل وقال غاية الأمر أن تكون الأخبار الواردة في عدم مانعية الوطء عن الرد في الحبلى معارضة للأخبار الدالّة على مسقطية الوطء للخيار ، والنسبة بينهما عموم من وجه لشمول الأُولى للحبلى من سيّدها وللحبلى من غيره ، وشمول الثانية لغير الحبلى والحبلى من غير سيّدها ، لأنّها لا تشمل الحبلى من سيّدها لورودها في البيع الصحيح دون الباطل ، وبعد تساقطهما في مادّة الاجتماع وهو وطء الحبلى من غير سيّدها يتساقطان فنرجع إلى عموم من أحدث حدثاً أو عدم بقاء العين بحالها كما في مرسلة جميل .

فالجواب عمّا أفاده في صدر هذا الوجه أمّا أوّلاً : فلأنّ تلك التصرفات ممّا لا نلتزم بكونها مانعة عن الرد كما لا يلتزم به الشيخ (قدّس سرّه) لأنه اعتبر في التصرف المسقط كشفه عن الرضا نوعاً لا مطلق التصرف ، كما نحن قلنا باعتبار كونه كاشفاً عن الرضا شخصاً ولا يكفي فيه الظهور النوعي فقط ، هذا .

وثانياً : فلو سلّمنا أنّ أمثال تلك التصرفات توجب السقوط في غير المقام فلا نلتزم بكونها كذلك في المقام ، وذلك لأنّ هذه الأخبار الواردة في عدم مانعية الوطء عن الردّ في الحبلى تدلّ بالدلالة الالتزامية على أنّ تلك التصرفات لا تكون مسقطة في خصوص الأمة الحبلى وإلّا فلا معنى للردّ مع الوطء مع أنّها صرّحت بجواز ردّها مع الوطء بالدلالة المطابقية ، فهذه الأخبار تكون مخصصة لتلك الأخبار .

وأمّا ما أفاده في ذيل كلامه من المعارضة فعلى ما ذكرنا من حمل الحبلى في أخبار المقام على الحبلى من غير سيدها فلا معارضة ، لأنّ هذه الأخبار أخص مطلقاً من أخبار منع الوطء عن الردّ ، وأمّا على تقدير تعميم الحبلى لأُمّ الولد فالمعارضة متحقّقة كما أفاده ، لأنّ النسبة بينهما كما عرفته عموم من وجه وبعد التساقط نرجع إلى عموم ما دلّ على جواز الرد بالعيب وبه نثبت الخيار في وطء الحامل من غير سيّدها ، وأمّا إثبات وجوب ردّ نصف عشر قيمتها أو عشر قيمتها أو كسوتها فهو إنّما يتم بالاجماع المركّب ، إذ احتمال ردّها مع الوطء بلا عوض غير محتمل ولا يمكن إثباته بالروايات لغرض سقوطها بالمعارضة .

ثم إنّ هذا غير ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فإنه تمسك بعد تساقط المتعارضين باستصحاب الجواز ، وبعد إثبات الجواز بالاستصحاب أثبت وجوب ردّ نصف عشر القيمة أو الكسوة بالاجماع المركّب ، وما أفاده محل إشكال من جهة أنّ أحد المتلازمين إذا ثبت بالاستصحاب لا يمكن إثبات الآخر بعدم القول

بالفصل ، وهذا هو الكلام المعروف من أنّ التفكيك بين المتلازمين فيما يثبت بالأُصول جائز كما مثّل به شيخنا الأنصاري[(١)] بما إذا توضأ بمائع مردّد بين البول والماء غفلة ، لأنّا في مثله نستصحب بقاء الحدث كما نستصحب طهارة بدنه ، مع أنّ طهارة بدنه ملازمة لارتفاع حدثه وبقاء حدثه يلازم نجاسة بدنه ، إلّا أنّ التفكيك بين المتلازمين في الأُصول ممكن ، وعليه فلا يمكن إثبات الملازم الآخر باستصحاب الملازم لامكان التفكيك بينهما .

وأمّا بناءً على ما ذكرناه من إثبات جواز الرد بعد سقوط المتعارضين بالعمومات المقتضية للجواز في بيع المعيب كما دلّ على الجواز ما لم يحدث فيه حدثاً أو ما دامت العين باقية بحالها ، فلا مانع من إثبات الملازم الآخر بعدم القول بالفصل .

ثمّ إنه ممّا ينبغي التنبيه عليه في المقام هو أنّا إذا سلكنا ذلك المسلك وقلنا بالمعارضة بين الروايات بالعموم من وجه وسقوطهما ثم الرجوع إلى عموم ما دلّ على جواز الردّ بالعيب وإثبات الجواز به يلزمنا التفصيل بين كون الحبلى الموطوءة بكراً كما إذا حملت بغير الوطء وبين كونها ثيّباً ، فنلتزم بالجواز في الحبلى الثيّب بعد وطئها دون الحبلى الباكر ، لأنّ الوطء في مثلها من أعظم مصاديق إحداث الحدث ومعه لا يبقى العين بحالها وقد دلّت الأخبار على سقوط الردّ بهما ، والالتزام بذلك لو أمكن لم يمنع عمّا سلكناه .

ولكن الذي يهوّن الخطب أنّا لا نقول بكون النسبة بينهما عموماً من وجه لما تقدّم من أنّ النسبة بينهما العموم مطلقاً لورود الأخبار بأجمعها في البيع الصحيح ولا تشمل أُمّ الولد والحبلى من سيّدها أبداً ، فتكون هذه الأخبار مخصصة لعموم ما دلّ على أنّ الوطء يمنع عن الردّ ، وفي هذه الصورة أيضاً لا نلتزم بالرد في وطء

---

(١) فرائد الأُصول ٢ : ٧٤٣ بحث تعارض الاستصحابين .

الحبلى الباكر ، لأنّ وطئها وإزالة البكارة من إحداث الحدث ولا يصدق بقاء العين معه بحالها ، فنلتزم بأنّ الوطء في الحبلى لا يمنع من الردّ إلّا إذا أوجب حدوث حدث أو استلزم عدم بقاء العين بحالها .

ثم إنه بقي في المقام إشكال آخر أشار له شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) في أواخر كلامه وملخّصه : أنه إذا قلتم بجواز الردّ في وطء الحبلى هل تلتزمون بذلك مطلقاً سواء كان وطئها قبل العلم بحبلها أم بعده ، أو تلتزمون به في خصوص ما إذا وقع الوطء قبل العلم وفي حال الجهل بالحبل ؟ فإن التزمتم بالأول فمعناه أنّ هذا الخيار لا يسقط مع إسقاطه بمسقط فعلي لأنّ وطئها مع العلم بأنّها حبلى رضىً بالعقد وإسقاط للخيار فكيف لا يسقط الخيار به ويجوز ردّها معه إلى مالكها .

وإن التزمتم بالثاني فهو منافٍ لاطلاق ما دلّ على جواز الردّ مع الوطء في الحبلى بلا تقييده بصورة الجهل ، فبأي شيء يمكن رفع اليد عن إطلاقها ، وحيث إنّ الأمرين فاسدان فيكون هذا أيضاً قرينة على إرادة خصوص الحبلى من سيّدها لأنه يصح في مثلها الالتزام بجواز الردّ مطلقاً مع العلم بالحبل والجهل على وفق إطلاقات الأخبار ، أو إذا لم نحملها على الحبلى من سيّدها فلا أقل تكون مجملة مردّدة بين إرادة أُمّ الولد منها وبين حملها على الحبلى من غير سيدها ، مع الالتزام باختصاص الحكم أعني عدم مانعية الرد في وطء الحبلى بصورة وقوع الوطء مع الجهل وقبل العلم بالحبل ، فإذا كانت الروايات مجملة فنرجع إلى الأخبار الدالّة على مانعية الوطء مطلقاً ، فتكون النتيجة أنّ الوطء في الحبلى من غير سيّدها يوجب السقوط ويمنع عن الردّ ، وهذا وجه سادس على أنّ الوطء مطلقاً يمنع عن الردّ وفاقاً للاسكافي وجماعة أُخرى ، هذا .

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٠٠.

والصحيح أنّ هذا الوجه أيضاً لا يمكن المساعدة عليه نظير الوجوه الخمسة المتقدّمة ، وذلك لأنّ أكثر الروايات غير المشتملة على التقييد بالجهل بل جميعها غير صحيحة السند ، وأمّا الصحيحتان أعني صحيحة ابن سنان وصحيحة محمد ابن مسلم ومعتبرة ابن أبي عمير فهي مشتملة على التقييد بغير العلم ، فلا رواية صحيحة في البين تكون مطلقة حتى يرد المحذور المتقدّم من أنّ الأخذ باطلاقها يستلزم عدم سقوط هذا الخيار بالاسقاط الفعلي وهو بعيد ، وتقييدها بصورة الجهل بلا وجه ، فيتعيّن حملها على أُمّ الولد ، هذا أولاً .

وثانياً : هب أنّ الروايات المطلقة كلّها صحيحة ومعتبرة ونلتزم بعدم مانعية الوطء في الحبلى عن الردّ مطلقاً قبل العلم وبعده ، ولا يلزم من ذلك ما ذكرت من أنّ لازمه عدم سقوط هذا الخيار بالاسقاط الفعلي ، وذلك لأنّ بين إسقاط الخيار والالتزام بالعقد وبين الوطء بعد العلم عموماً من وجه ، وليس كل وطء بعد العلم إلتزاماً بالعقد ، إذ لعلّه وطئها بعد العلم سهواً أو نسياناً وغفلة أو متردّداً بين الردّ والامضاء أو مع البناء على ردّها بعد وطئها ، نعم إذا وطئها ملتزماً بالعقد لا محالة يسقط خياره ، ولا تنافيه الروايات لأنّها سيقت لبيان عدم مانعية الوطء بما هو هو عن الردّ في الحبلى ، ولا تشمل ما إذا كان هناك مسقط من المسقطات لأنّها وردت مخصصة للأخبار الدالّة على مانعية الوطء مطلقاً ، فخصّصتها بما إذا لم تكن الجارية حبلى ، ونظرها إلى أنّ الوطء بما هو وطء لا يمنع عن الردّ لا بما أنه مقرون باسقاط الخيار ، إذن فما ذهب إليه المشهور هو الصحيح .

بقي الكلام في وجوب ردّ نصف عشر القيمة عند ردّ الجارية فيما إذا كانت ثيّباً ووجوب ردّ عشرها إذا كانت بكراً ، وقد استشكل في ذلك جماعة لأجل أنّ الروايات في الدلالة على وجوب ردّ نصف العشر مطلقة ولا اختصاص لها بالثيّب

نعم وردت في التفصيل بينهما رواية واحدة عن الكافي[١] لكنّها مرسلة ، فإن قلنا بأنّ عمل المشهور على طبق رواية ضعيفة يوجب الانجبار وفي المقام أحرزنا عملهم على طبقها ، فلا محالة نأخذ بالمرسلة وبها نفصّل بين البكر والثيّب ، وأنّ الواجب في الأُولى ردّ عشر قيمتها وفي الثانية ردّ نصف عشر قيمتها ، وأمّا إن قلنا بعدم انجبار ضعف الرواية بمجرد عمل الأصحاب على طبقها بحسب الكبرى أو سلّمنا الكبرى وناقشنا في الصغرى لعدم إحراز عمل المتقدّمين من الأصحاب على طبقها والشهرة إنّما حصلت بعد زمان ابن إدريس حيث ادّعى الاجماع على ثبوت العشر في البكر ونصف العشر في الثيّب ، فلا نفصّل بينهما ونحكم في الجميع بوجوب ردّ نصف العشر .

ولا يتوهم أنّ البكر مضافاً إلى وطئها قد زالت بكارتها بخلاف الثيّب فكيف لا يكون بينهما فرق في العوض .

وذلك أمّا أوّلاً : فلأنّا نتّبع الدليل شرعاً وهو لم يدل على التفصيل . وأمّا ثانياً : فلأنّ قيمة البكر تزيد على قيمة الثيّب فتكون نصف عشر قيمة البكر أزيد من نصف عشر قيمة الثيّب ، وهذه الزيادة لوحظت من جهة زوال بكارتها فبينهما فرق في العوض .

ثم إنّ في المقام رواية دلّت على ثبوت عشر القيمة مطلقاً وهي رواية عبدالملك بن عمرو عن أبي عبدالله (عليه السلام)[٢] إلّا أنّها مردودة قطعاً ، لأنّ القول بالعشر إنّما هو في خصوص البكر لا الأعم ، وتقييدها بالبكر تقييد بفرد نادر ، لأنّ الجارية الحبلى مع بكارتها كما إذا تحقّق الحبل من غير طريق الوطء في القبل نادرة

---

(١) الكافي ٥ : ٢١٤ / ٣ وقد تقدّمت الرواية في الصفحة ١٥٥ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٧ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٧ .

بل هي فرض ، ومن هنا حمل بعضهم الرواية على سهو الراوي حيث أسقط لفظة النصف في الخبر بل حكي عن الصدوق[(١)] أنه نقلها مع لفظة النصف ، وقد ورد في بعض الأخبار[(٢)] المتقدّمة أنها ترد ويرد معها شيء ، ولكنّها غير معتبرة السند ولا يمكن الاعتماد عليها في المقام .

وأمّا ما ورد في بعضها الآخر وهو صحيحة محمد بن مسلم[(٣)] من أنها يردّها ويكسوها ، فحيث إنّ الرواية صحيحة ودلالتها ظاهرة فلا محيص من أخذها والقول بوجوب الكسوة أو نصف العشر على وجه التخيير ، للعلم الخارجي بعدم وجوب كلا الأمرين معاً ، ولولا هذا العلم الخارجي لأخذنا بكلتا الروايتين وقلنا بوجوب كلا الأمرين ، إلّا أنه نظير الروايات الواردة في القصر والتمام في بعض الموارد لما علمنا بعدم وجوب الجمع بينهما نحملها على التخيير ، ولا وجه لحمل الرواية على كسوة تساوي نصف عشر قيمتها لأنه بلا وجه .

بقي الكلام في المراد من الوطء غير المانع عن الرد في الحبلى ، وهل المراد به الوطء المتعارف أعني الوطء في القبل أو يعمّه والوطء في الدبر ؟

توقّف في ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[(٤)] لاطلاق الوطء ولامكان انصرافه إلى الفرد المتعارف .

والظاهر أنه لا وجه للتوقف في المسألة على كلا تقديري انصراف الوطء إلى المتعارف وعدمه ، أمّا على تقدير عدم انصرافه إلى الوطء في القبل فظاهر ، لأنه

---

(١) الفقيه ٣ : ١٣٩ / ٥٠ .

(٢) كالمروية في الوسائل ١٨ : ١٠٦ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٥ .

(٣) المصدر السابق الحديث ٦ .

(٤) المكاسب ٥ : ٣٠٠ .

لفظ مطلق فيشمل جميع الأفراد ، وبه نحكم بعدم مانعية الوطء في الدبر إذا كانت الجارية حبلى كالوطء في قبلها . وأمّا على تقدير انصراف الوطء إلى الوطء في القبل فلأنّ الروايات حينئذ وإن كانت لا تشمل الوطء في الدبر ولا تدلّ على عدم مانعيته عن الرد إلّا أنّ الأخبار المانعة الدالّة على أنّ الوطء يمنع عن الردّ أيضاً لا تشمل الوطء في الدبر ، لأنّ اللفظ في الروايتين واحد والمفروض انصرافه إلى المتعارف فيبقى الوطء في الدبر داخلاً تحت سائر التصرفات غير المانعة عن الرد لاعتبار حدوث الحدث وعدم بقاء العين بحالها في التصرف المسقط والمفروض أنّ الوطء لا يوجب شيئاً منهما .

وأمّا سقوط الرد بالتقبيل واللمس وعدمه فالصحيح عدم كونهما مانعاً عن الرد ، وذلك لأنّ الوطء من غير سبقه بتلك المقدّمات نادر ولا ينفك عنها غالباً والمفروض أنّ النص دلّ على أنّ الوطء الغالب أي مع مقدّماته لا يمنع عن الردّ ، لأنّ حمله على الوطء غير المسبوق بها حمل على فرد نادر ، ومعه لا حاجة إلى دعوى عدم كونها مانعاً بالأولوية ، وأنّ الوطء الذي هو أعظم من التقبيل إذا لم يكن مانعاً فالتقبيل لا يكون مانعاً بطريق أولى .

وأمّا إذا ظهر في الحبلى الموطوءة عيب آخر فقد استشكل في عدم مانعية الوطء حينئذ جماعة لأجل أنّ الوطء مع ذلك العيب الآخر يمنع عن الردّ ، وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ العيب الآخر لا يمنع عن الرد لأجل عيب الحمل ، فإنّ غاية ما هناك أنّ العيب الآخر لا يقتضي الرد لأجل سبقه بالوطء لا أنه يقتضي عدم الرد ، فيكون الوطء مع عيب الحمل غير مانع عن اقتضاء عيب الحمل في الرد ، وهو كما أفاده (قدّس سرّه) . وممّا ذكرنا يظهر حكم المسقط الثالث وهو تلف العين .

القول في رابع المسقطات

وهو عبارة عن حدوث عيب عند المشتري فإنه يمنع عن ردّ المبيع بـالعيب الموجود فيه قبل العقد ، وقد قسّموا العيب الحادث عند المشتري إلى ثلاثة أقسام :

الأول : أن يحدث العيب بعد العقد وقبل قبضه .

الثاني : أن يحدث بعد العقد وبعد القبض ولكن في زمان خيار المشتري بخيار الحيوان أو الشرط أو خيار المجلس إذا ألحقناه بهما فإنّ النص يختص بالأوّلين .

الثالث : أن يحدث بعد العقد وبعد القبض وبعد انقضاء خيار المشتري .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ محل الكلام في المقام هو القسم الثالث أي العيب الحادث بعد العقد وبعد القبض وبعد انقضاء خيار المشتري ، وأمّا القسم الأول وهو الحادث بعد العقد وقبل القبض فهو بنفسه يوجب الخيار والرد والأرش ، لأنه كالحادث قبل العقد فلا يمنع عن الرد ، وكذا الحادث بعد العقد وبعد القبض في زمان خيار المشتري بناءً على ما سيجيء في أحكام القبض والخيار من أنّ البائع ضامن للمبيع قبل قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري ، بمعنى كون العيب الحادث في الزمانين أي قبل القبض وقبل انقضاء الخيار كالحادث قبل العقد ، فكما أنّ العيب السابق قبل العقد مضمون للبائع ويوجب الخيار للمشتري فكذلك العيب الحادث في زمان الخيار وزمان قبل القبض ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من تفسير ضمان البائع للعيب الحادث قبل القبض وفي زمان الخيار بكونه كالعيب الموجود قبل العقد في كونه سبباً للخيار يحتاج إلى دليل يلحق العيب الحادث بعد العقد في زمان الخيار أو قبل القبض بالعيب الموجود قبل العقد ، فإنّ الروايات الواردة في أنّ العيب سبب للخيار تختص

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٠١.

بالعيب السابق على العقد والبيع لقوله (عليه السلام) في رواية زرارة « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار » الخ[١] وأمّا العيب الحادث بعد البيع ولو في زمان الخيار وقبل القبض فلا يستفاد من الأخبار أنه سبب للخيار ، وضمان البائع للعيب الحاصل قبل القبض وفي زمان الخيار ليس بمعنى كون العيب كالعيب الموجود قبل المعاملة ، وإنما معناه أنّ البائع ضامن له ودركه عليه ، فيجب عليه أن يخرج عن عهدته ، ولا ملازمة بين كون عهدة العيب الحادث في الزمانين على البائع وبين كونه كالعيب الموجود قبل العقد في كونه سبباً للخيار وغير مانع عن الردّ ، بل يمكن أن يحكم على البائع بوجوب الخروج عن عهدة العيب الحادث في زمان الخيار وقبل القبض بأن يدفع إلى المشتري الأرش ويمنع المشتري عن فسخ المعاملة وردّها بالعيب السابق ، فيكون البائع ضامناً للعيب الحادث ويجب عليه الخروج عن عهدته بدفع الأرش ، كما يجب عليه دفع أرش العيب السابق على العقد ، فما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ ضمان البائع للعيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض بمعنى كونه كالعيب الموجود قبل البيع فيوجب بنفسه الخيار ولا يمنع عن الرد ، ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، إذ لا ملازمة بين ضمان البائع للعيب الحادث بالمعنى الذي أسلفناه وبين كونه أي العيب الحادث مانعاً عن الردّ .

فالصحيح في المقام أن يفصّل بين العيب الحادث بعد العقد قبل قبضه وبين الحادث بعد القبض في زمان الخيار ، والحكم في الأول بأنه كالعيب الموجود قبل العقد في كونه سبباً مستقلاً للخيار ولا يمنع الردّ ، وفي الثاني بكونه مانعاً عن الردّ وإن كان ضمانه على البائع بدفع الأرش ، وذلك لأنّ ما ورد في المقام من الأخبار قد قيّدت العيب المانع عن الرد بما إذا أحدث بعد قبض المبيع ، وذلك لقوله (عليه السلام)

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢ .

« أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ـ إلى قوله ـ فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ـ إلى أن قال ـ فإنه يمضي عليه البيع » حيث دلّ على أنّ إحداث الحدث في المبيع الذي به عيب بعد ما قبضه يمنع الرد ويوجب المضي واللزوم ، وأمّا إحداث الحدث فيه قبل قبضه أو قبل عقده فهو لا يوجب لزوم المعاملة ، وقد عرفت أنّ معنى إحداث الحدث حسب المستفاد العرفي هو حدوث الحدث في المبيع ، سواء كان مستنداً إلى نفس المشتري أو إلى غيره ، فالميزان حدوث الحدث وتغيّر العين عمّا كانت عليه وعدم بقائها على حالها كما في مرسلة جميل[1] فإن كان هذا الحدوث بعد قبضه فيمنع الرد ، وأمّا إذا كان قبله فهو كالعيب الموجود فيه قبل العقد في كونه سبباً مستقلاً للخيار ولا يمنع عن الردّ ، هذا في العيب الحادث قبل القبض .

وأمّا العيب الحادث بعد القبض في زمان الخيار فاطلاق هذه الرواية يقتضي لزوم البيع باحداث الحدث بعد قبض المبيع ، كان في زمان خيار المشتري أم لم يكن ، كما أنّ إطلاقها كان يقتضي عدم لزوم البيع بالحدث الحادث قبل قبضه وأنّ ما حدث قبل قبضه فهو لا يوجب اللزوم مطلقاً كان بعد العقد وقبل القبض أم كان قبل العقد ، فاطلاقها في العيب الحادث قبل القبض والحادث بعده في زمان الخيار متعاكس ، وكيف كان فاطلاقها يقتضي سقوط الرد بحدوث العيب بعد القبض ، كان في زمان الخيار أم لم يكن ، وهذا لا ينافي كون البائع ضامناً له حينئذ ، لأنّ معناه كما عرفت لزوم تداركه عليه بدفع أرشه ، ولا ملازمة بينه وبين كونه سبباً مستقلاً للخيار وغير مانع عن الرد ، اللهمّ إلّا أن يتم الاجماع الذي ادّعي في المقام على أنّ العيب الحادث في زمان الخيار كالعيب الموجود قبل العقد سبب للخيار ولا يمنع الرد .

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٣ .

ثم إنّ هناك خلافاً آخر في أنّ جواز الردّ مع العيب الحادث هل يختص بزمان الخيار أي خيار الحيوان والشرط ، أو أنّ جواز الردّ مع العيب الحادث في زمان الخيار على القول به باقٍ بعد انقضاء الخيار أيضاً . ولا يخفى أنّ بحثنا هذا ممّا لا يترتّب عليه ثمرة ، لأنّا حسب مسلكنا وإن قلنا بعدم جواز الردّ مع حدوث العيب في زمان الخيار إلّا أنّ للمشتري أن يفسخ العقد بخياره من خياري الحيوان أو الشرط ، لأنّ المفروض عدم انقضاء خياره عند حدوث العيب ، نعم تظهر الثمرة بين القولين فيما إذا قلنا بمقالة المشهور من أنّ جواز الردّ مع حدوث العيب في زمان الخيار باقٍ بعد انقضاء الخيار أيضاً ولا يختص الجواز بزمان الخيار ، فإنّ جواز الردّ على قول المشهور بعد انقضاء الخيار متحقّق ، بخلاف ما سلكنا فإنه لا خيار له في الرد بعد انقضائه فلا يتمكّن المشتري من الفسخ ، هذا كلّه فيما ذكره شيخنا الأنصاري تطفّلاً من أنّ العيب الحادث قبل القبض وفي زمان الخيار سبب مستقل للخيار ولا يمنع الرد أو لا .

وأمّا الكلام فيما هو المقصود في المقام وهو أنّ حدوث العيب عند المشتري بعد قبضه أو بعد انقضاء الخيار يوجب سقوط الرد بالعيب السابق أو لا ، فملخّص القول فيه : أنّ العيب المذكور يمنع عن الرد ، لأنّ المدار في جواز الردّ هو عدم حدوث الحدث في المبيع وعدم تغيّره عمّا كان عليه ، ومع حدوث العيب في المبيع يصدق أنه حدث فيه حدث ويصدق أنّ العين غير باقية بحالها فيسقط الرد ، وذلك لقوله (عليه السلام) في رواية زرارة « فأحدث فيه حدثاً » الخ[1] وفي مرسلة جميل « إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢ .

صبغ رجع بنقصان العيب »[1] فجعلت المدار على بقاء العين ، وأمّا إذا تغيّرت ولم تبق بحالها فلا يصح ردّه ولو باحداث غير العيب فيه كقطعه وخياطته فإنّهما ليسا من العيوب بل ممّا يختلف بهما الأغراض ، ولكن العين لمّا لم تبق بحالها فحكم (عليه السلام) بعدم ردّها . وتوضيح المقام : أنّ الكلام في سقوط خيار العيب بحدوث عيب عند المشتري يقع من جهتين :

الجهة الأُولى : في أنّ حدوث العيب عند المشتري هل يمنع عن الردّ بالعيب السابق أو أنه لا يكون مانعاً عن الردّ به .

الجهة الثانية : في أنّ حدوث العيب عند المشتري هل يكون بنفسه سبباً مستقلاً للخيار أو لا يكون سبباً مستقلاً للخيار . أمّا الجهة الأُولى فقد عرفت أنّ العيب الحادث عند المشتري على ثلاثة أقسام : عيب يحدث بعد العقد قبل القبض ، وعيب يحدث بعد العقد والقبض ولكن في زمان خيار المشتري بخيار آخر كخياري الحيوان والشرط بل المجلس إلحاقاً له بهما ، وعيب يحدث بعد العقد والقبض وبعد زمان خيار المشتري .

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ المتيقّن من العيب الحادث الذي يمنع عن الردّ ويوجب تعيّن الأرش هو القسم الثالث ، وهو كما أفاده (قدّس سرّه) من جهة أنّ سقوط خيار العيب بالعيب السابق عند حدوث عيب عند المشتري بعد انقضاء خياره ممّا لا كلام فيه لأجل مرسلة جميل ورواية زرارة ، لأنّ العين مع العيب لا يبقى بحالها كما أنه من أظهر أنواع الحدث ، وقد مرّ أنّ إسناد الحدث إلى المشتري بقوله (عليه السلام) « أحدث » لا موضوعية له بل هو اتّفاقي في الجملة وإن كانت خصوصياته مورداً للكلام كما سيأتي .

وأمّا العيب الحادث قبل القبض أو بعده وقبل انقضاء الخيار فقد تقدّم أنّ فيه

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٣.

تفصيلاً ، لأنّ العيب الحادث إن كان قبل القبض فهو وإن كان موجباً لتغيّر العين ومقتضى مرسلة جميل سقوط الخيار به ، إلّا أنّ العمدة فيما يستند إليه هي رواية زرارة وقد صرّحت بأنّ إحداث الحدث بعد القبض يوجب مضي العقد ، ومفهومها أنّ إحداث الحدث قبل القبض لا يوجب مضي البيع على المشتري بل يبقى على جوازه ، وعليه فالعيب الحادث قبل القبض كالعدم فلا يكون مانعاً عن الرد .

وأمّا العيب الحادث بعد القبض في زمان خيار المشتري فمقتضى إطلاق رواية زرارة أنّ إحداث الحدث بعد القبض يمنع عن الرد ويوجب مضيّ العقد على المشتري ، سواء كان للمشتري خيار آخر أم لم يكن ، وعليه فيكون العيب الحادث بعد القبض في زمان الخيار مانعاً عن الرد كما تقدّم ، هذا كلّه في الجهة الأُولى .

أمّا الجهة الثانية : فقد ذهب المشهور إلى أنّ العيب الحادث قبل القبض أو بعده في زمان الخيار لا يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق معلّلين بأنّ هذا العيب الحادث بنفسه سبب مستقل للخيار بين الردّ والأرش ، فهو لا يكون مانعاً عن الرد بالعيب السابق بل يكون مؤكّداً للخيار بالعيب السابق ويقتضي التخيير بين الردّ والأرش .

فإذن لابدّ من التكلّم في مقامين : أحدهما في أنّ العيب الحادث قبل القبض أو بعده وقبل انقضاء خيار المشتري هل هو سبب مستقل للخيار بين الرد والأرش أو لا . وثانيهما : في بيان الملازمة وأنّ العيب الحادث إذا كان سبباً مستقلاً للخيار يستلزم عدم سقوط الخيار بالعيب السابق ويكون مؤكّداً له ، أو أنه لا مانع من أن يكون العيب الحادث سبباً مستقلاً للخيار بنفسه ومع ذلك يكون مانعاً عن الرد بالعيب السابق .

أمّا المقام الثاني فالملازمة بين الأمرين وإن كانت منتفية عقلاً بمعنى أنه لا ملازمة عقلية بينهما لامكان أن يقال إنّ العيب الحادث بنفسه سبب مستقل في

الخيار ، إلّا أنه يمنع عن الرد والخيار بالعيب السابق لأنه إحداث حدث في المبيع وموجب لعدم بقاء العين بحالها ، وتظهر الثمرة فيما إذا أسقط خياره هذا أي الخيار الحاصل بحدوث العيب الحادث فإنه لا يتمكّن من الردّ حينئذ ، لا بالعيب السابق لأنّ حدوث العيب الحادث مانع عن الردّ لأنّه حدث ومغيّر للعين ، ولا بالعيب الحادث لأنه قد أسقط خياره الجائي من قبله ، إلّا أنّ الملازمة العرفية ثابتة بينهما وذلك لأنّ المتّبع في الظهورات هو الظهور العرفي ولا إشكال أنّ ظاهر قوله (عليه السلام) إنّ العيب مانع عن الرد منصرف إلى عيب لا يكون بنفسه سبباً للخيار ، وأمّا العيب والحدث الذي هو بنفسه موجب للخيار فلا يستفاد كونه مانعاً عن الرد من هذا الكلام بحسب الفهم العرفي ، فالملازمة العرفية ثابتة بين الأمرين في المقام .

فلابدّ من صرف عنان الكلام إلى بيان أنّ العيب الحادث قبل القبض أو بعده قبل انقضاء خيار المشتري سبب مستقل للخيار أو لا ، وذلك لدلالة النصوص الواردة في خياري الحيوان والشرط(١) على أنّ تلف المبيع في زمان الخيارين من مال بائعه أو من ماله حسب اختلاف الروايات ، ودلالة الروايات الأُخر(٢) على أنّ تلف المبيع قبل قبضه أيضاً من مال بائعه ، فهل يستفاد منها أنّ العيب الحادث قبل القبض أو في زمان الخيار سبب مستقل للخيار أو لا .

فنقول : إنّ في تفسير معنى كون التلف من مال بائعه وكون ضمانه عليه وجوهاً :

الأول : أن يكون المراد بذلك كون دركه وضمانه عليه كضمان اليد وضمان الاتلاف ، بمعنى كون البائع ضامناً له بقيمته الفعلية كما هو معنى ضمان اليد والاتلاف

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب٦ ، ٨ .

(٢) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب٩ ح١ .

أي الضمان بقيمة يوم الاتلاف والغصب ، ويقال في المقام إنّ البائع ضامن للمبيع قبل القبض أو في زمان الخيار بمعنى أنه إذا تلف أو تعيّب يخرج عن عهدته بدفع قيمته الفعلية إلى المشتري .

وهذا الاحتمال باطل قطعاً ولم يقل به أحد فيما نعلم لاستلزامه ضمان البائع قيمة المبيع عند تلفه أو تعيّبه قبل القبض أو في زمان الخيار حتّى فيما إذا ترقّت القيمة السوقية في زمان تلفه أو تعيّبه قبل القبض أو في زمان خيار المشتري أو فيما إذا اشتراه المشتري بثمن قليل وكانت قيمته السوقية أكثر منه بمراتب فيجب على البائع أن يدفع إلى المشتري تلك القيمة الفعلية ولو كانت أضعاف الثمن الذي أخذه به من المشتري مع أنه ممّا لا قائل به ولا يمكن استفادته من الأخبار ، فإنها دلّت على بطلان البيع حينئذ ورجوع المشتري إلى البائع بما دفعه إليه حسب ما يستفاد منها عرفاً ولا يستفاد منها ضمان البائع بالقيمة الفعلية بوجه .

الثاني : ما ذكره المشهور من أنّ معنى ضمانه عليه أنّ التلف أو العيب الحادث حينئذ كالتلف أو العيب الحادث قبل العقد فكما أنه يضمن العيب السابق بمعنى أنه يوجب الخيار فكذلك العيب الحادث قبل القبض أو في زمان الخيار ، فيكون العيب الحادث بنفسه سبباً مستقلاً للخيار .

وهذا الوجه يتعيّن الأخذ به على تقدير انحصار الاحتمال فيه وفيما قبله ، فإنّ الأول بعد ما ظهر بطلانه يتعيّن الثاني لا محالة ، ولكن الاحتمال غير منحصر بهما كما سيأتي ، إذن فلا وجه لتعيّنه بعد عدم مساعدة الدليل عليه ، وذلك لأنّه لا يستفاد من الأخبار الدالّة على أنّ تلف المبيع قبل قبضه أو في زمان الخيار من مال بائعه تنزيل العيب الحادث قبل القبض أو في زمان الخيار منزلة العيب السابق الموجود قبل العقد ، وإنّما يستفاد منها بطلان المعاملة عند تلف المبيع قبل قبضه أو في زمان خيار المشتري ورجوع المشتري إلى البائع بما أخذه منه لا بأزيد منه .

الثالث : أن يقال إنّ معنى كونه من مال بائعه أنّ ضمانه ودركه عليه ، لا بمعنى أنّ البائع ضامن لقيمته الفعلية بل بمعنى أنّ هذا العيب الحادث مضمون على البائع فلابدّ من أن يخرج عن عهدته ، وهذا إنّما يحصل بدفع الأرش أي التفاوت ما بين المعيب بهذا العيب والصحيح حين المعاملة ، لا التفاوت بين القيمتين حين حدوث العيب ، فكأنّه اشترى العين ولم يحدث فيها هذا العيب أصلاً ، فمعنى ضمانه دفع الأرش إلى المشتري والخروج عن عهدة العيب الحادث ، والمراد بالأرش هو التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب حال البيع لا حال حدوث العيب كما عرفت ، لأنه معنى كونه ضامناً للعيب وجعل المبيع كأنه لم يحدث فيه عيب ، وعليه فلا يستفاد منها أنّ العيب الحادث يوجب الخيار ، بل إنّما يوجب الأرش فقط لا التخيير بينه وبين الردّ فلا يكون العيب الحادث في زمان القبض أو في زمان الخيار سبباً مستقلاً للخيار ، فيكون سقوط الردّ بالعيب الحادث مطلقاً قبل القبض أو بعده في زمان الخيار فضلاً عمّا حدث بعد انقضاء الخيار على القاعدة ، لأنه إحداث حدث وتغيّر ولا دليل على كونه سبباً مستقلاً للخيار حتى نستدل بالملازمة العرفية على عدم كونه مانعاً عن الردّ بالعيب السابق .

نعم نخرج عمّا تقتضيه القاعدة الأوّلية في خصوص العيب الحادث قبل القبض بمفهوم رواية زرارة المتقدّمة ، ويبقى غيره تحت القاعدة وهي تقتضي كون العيب الحادث في زمان خيار المشتري أو بعده مانعاً عن الردّ بلا أن يكون سبباً للخيار في شيء من الأقسام الثلاثة ، أي الحادث قبل القبض أو بعده في زمان الخيار أو بعد انقضائه ، نعم العيب الحادث قبل القبض لا يمنع عن الردّ لرواية زرارة لا أنه سبب مستقل للخيار ، وهذا هو الذي يستفاد من الأخبار في المقام وإن كان على خلاف المشهور .

ثم إنه ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المراد بالعيب الحادث عند المشتري المانع من الرد بالعيب السابق ليس هو خصوص النقص الموجب للأرش بل المراد به مطلق النقص وإن لم يوجب الأرش ، ومثّل لذلك بحصول الشركة وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى وبنسيان الدابة الطحن أو العبد الخياطة عند المشتري ، فإنّ ذلك كلّه وإن لم يوجب الأرش وتفاوتاً في القيمة إلّا أنه يمنع عن الرد بالعيب السابق ، وذلك لأنّ لفظ العيب غير وارد في روايات الباب ، بل الوارد هو عنوان بقاء العين بحالها كما في مرسلة جميل وعنوان إحداث الحدث كما في رواية زرارة ، ونحن إنما نتّبع الأخبار وقد دلّت هي على هذين العنوانين ، ومن الظاهر أنّ نسيان الدابة الطحن والعبد الخياطة من قبيل إحداث الحدث ، لأنّ المراد به كما عرفت هو الحدوث ولا موضوعية للاحداث ، وهذا من غير فرق بين كون الحدث موجبا لنقص القيمة وعدمه .

وما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ مطلق النقص يمنع الردّ وإن لم يوجب الأرش فهو كما أفاده (قدّس سرّه) ولا يمكن المناقشة فيه كما تقدّم ، وأمّا ما مثّل به من أمثلة الشركة ونسيان الدابة الطحن فسيأتي الكلام في مسألة حصول الشركة والتبعّض من ناحية المبيع أو من ناحية البائع أو من ناحية المشتري ، وأمّا نسيان الدابة الطحن أو العبد الكتابة فإن استندنا في المقام إلى مرسلة جميل فهو وإن ناقش في شمولها لمثل النسيان ونحوه بعضهم في مسألة ما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن حيث دلّت الرواية على أنّ العين إن كانت باقية فالقول قول البائع وإن لم تبق العين بحالها فالقول قول المشتري ، وذكروا أنّ مثل نسيان العبد المبتاع للكتابة والخياطة لا يمنع عن صدق بقاء العين بحالها ، إلّا أنّ مستندنا في المقام ليس هو المرسلة أوّلاً وإنّما

(١) المكاسب ٥ : ٣٠٤ .

نعتمد على رواية زرارة ، وثانياً أنّا لو استندنا إلى المرسلة أيضاً يمكننا أن نقول بأنّها تشمل مثل النسيان ونحوه ، وذلك لأنه وإن لم يناف بقاء العين في المسألة المتقدّمة المشار إليها آنفاً ، إلّا أنّ نفس المرسلة في المقام قد دلّت على أنّ المراد ببقاء العين بحالها إنّما هو في مقابل خياطة الثوب وصبغه ونحوهما لأنّها مثّلت لعدم بقاء العين بحالها بتلك الأمثلة ، فمن تمثيلها بها يظهر أنّ المراد مجرد حصول النقص في المبيع وإن لم يكن عيباً ، حيث إنّ الصبغ والخياطة ليسا بعيب إلّا أنّهما يوجبان النقص ، فإنّ الثوب غير المخيط ممّا يرغب فيه أكثر الناس بخلاف المخيط لاختلاف الناس في عرض أبدانهم وفي طولها ، كما أنّ الثوب غير المصبوغ قابل لصبغه بأيّ لون شاءه المشتري ، وهذا بخلاف المصبوغ بلون لعدم قابليته للصبغ بلون آخر وربما لا يرغب في اللون الموجود فيه المشترون ، هذا كلّه فيما إذا اعتمدنا على المرسلة .

وأمّا إذا اعتمدنا على رواية زرارة كما هو الواقع فالأمر أظهر ، لأنّ الخياطة والنسيان ونحوهما من أظهر الأحداث الحادثة في المبيع فهي تمنع عن الردّ ، وأمّا ما أفاده (قدّس سرّه) في ضمن كلامه من أنّ المراد بالعيب ليس خصوص نقص الأوصاف المقابلة بمال كوصف الصحة ، بل المراد مطلق حصول النقص ولو بانتفاء الأوصاف الكمالية التي لا تقابل بالمال ، ففيه ما تقدّم في محلّه من أنّ الأوصاف بأجمعها لا تقابل بالمال وصف صحة كان أو غيره ، لأنّها أي الأوصاف لا تباع بنفسها ولا في ضمن موصوفها ، فلا يباع الشيء بقيمة وبياضه بقيمة أو صحته بقيمة ، وإنما الأوصاف توجب زيادة قيمة المال ولا يقع بازائها شيء ، ثم إنّ هذا كلّه ممّا لا كلام فيه .

وإنّما الإشكال كلّه في تصوير وصف كمالي لا يوجب فقدانه نقصاً في القيمة والظاهر أنه غير متصوّر ولا معقول ، اللهمّ إلّا أن يكون وصف الكمال ممّا لا مدخلية له في غرض المشتري بحيث يكون وجوده وعدمه سيّان فيما يبذله العقلاء بازائه كما

إذا كان العبد المبتاع عالماً بعلم إلّا أنه ممّا لا يحتاج إليه في البلدة أبداً ، والعبد العالم به كالجاهل به بحسب القيمة عند العقلاء ، إلّا أنّ مثل تلك الصفة الكمالية ممّا لا يمنع زوالها عن الرد قطعاً ، لأنّها لم تكن ملحوظة ومنظورة حال المعاملة ، فبقاؤها وارتفاعها على حد سواء ولا تشملها رواية زرارة ولا يصدق عليها إحداث الحدث لعدم كونها ملحوظة حال المعاملة ، فكأنّ البيع وقع على العين من غير ناحية الصفة المرتفعة كما لا تشملها المرسلة لهذه الجهة .

والمتحصّل إلى هنا : أنّ النقص الثابت قبل الفسخ يوجب الأرش دائماً دون النقص الذي يحصل بنفس الفسخ كالشركة وتبعّض الصفقة فإنه نقص في مرتبة الفسخ وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

ثم إنّ ممّا ذكرناه يظهر أنّ النقص في الأوصاف النفسانية أيضاً يمنع عن الرد كارتفاع العلم في العبد أو النسيان في الدابة لصدق إحداث الحدث عليه ، لأنه حين البيع كان عاملاً وقد صار جاهلاً عند المشتري ، كما يصدق فيه عدم بقاء العين بحالها عند ارتفاعه كما تقدّم ، وأمّا زوال الأوصاف التي لا تعدّ صفة كمال عند العقلاء ككون العبد كثير الرؤيا في المنام وقد صار عند المشتري قليل الرؤيا أو لا يرى الرؤيا أصلاً ، فلا يصدق عليه الحدث ولا عدم بقاء العين بحالها ، لأنّها لا توجب نقصاً في القيمة ولا في الكمال كما هو المفروض فإنّ وجودها وعدمها على حد سواء وأمّا إذا حصلت زيادة عند المشتري ووصف كمالي به يزيد قيمة المال عند الجميع وممّا يرغب إليه العقلاء بأجمعهم سواء كان خارجياً كالسمن أو معنوياً كما إذا نظّف المبيع من الأوساخ وكما إذا علّم العبد الخياطة أو الكتابة دون الأوصاف التي تكون كمالية عند بعضهم دون بعضهم كما إذا طحن الحنطة لأنّ طحنها صفة كمالية تزيد قيمة الحنطة عند من يشتريها للأكل ونحوه ، وأمّا عند من يشتريها للابقاء لأجل التجارة فلا ، لأنّ الحنطة أكثر بقاءً من الطحين لأنه يفسد إذا بقي مدّة فإنّ في مثله لا مانع من

صدق عدم بقاء العين بحالها لأجله ، ومن هنا ذكروا في باب الهبة أنّ الموهوب له إذا طحن الحنطة الموهوبة فليس للواهب الرجوع لعدم بقاء العين بحالها ، لاعتبار بقاء العين في صحة الرجوع في الهبة أيضاً .

وكيف كان فإذا حصلت صفة كمالية عند الجميع فلا يحتمل أن يكون ذلك مانعاً عن الردّ بالعيب السابق بدعوى أنه أحدث فيه شيئاً وأنّ العين غير باقية بحالها ، وذلك لأنّ المستفاد من الروايتين هو أنّ الحدث الموجب للنقص يمنع الردّ لا مطلق الحدث ، فليس المراد بالحدث ما يشمل النقص والزيادة ، بل المراد خصوص النقص كما تقدّم .

ثم إنّ ممّا ذكرناه في المقام من أنّ الاعتماد على خصوص رواية زرارة وأنّ المناط أحد عنواني الحدث أو عدم بقاء العين يظهر أنه لا وجه لما استدلّ به العلّامة (قدّس سرّه)(١) على مانعية حدوث العيب عن الردّ من أنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب السابق ، وجه الفساد أنّ المستند في المقام ليس هو قاعدة نفي الضرر حتى يقال بعدم جريانها في المقام لمعارضتها بضرر البائع ، مضافاً إلى ما أجاب به شيخنا الأنصاري(٢) عنه بأنّ الضررين إذا تعارضا ولم يمكننا التمسك بالقاعدة فلنرجع إلى عمومات الخيار فلا يثبت بما ذكره اللزوم .

وبالجملة : أنّ ما استدلّ به العلّامة (قدّس سرّه) من الوجوه الاعتبارية والاستحسانية وهي خارجة عن طريقتنا بالمرّة .

بقي الكلام فيما إذا ارتفع النقص الحاصل في المبيع عند المشتري حين إرادة الفسخ فنقول : إذا تعيّب المبيع عند المشتري بعيب ثم زال عنه العيب فهل هذا يمنع

---

(١) التذكرة ١١ : ١٢٥ .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٠٥ .

عن الرد بالعيب السابق أيضاً أو لا ، بمعنى أنّ العيب عند المشتري بحدوثه يمنع عن الردّ وإن ارتفع بعد ذلك ، أو أنه إنما يمنع عنه ما دام باقياً فإذا ارتفع يرتفع المنع أيضاً ؟

اختلفت كلمات العلّامة (قدّس سرّه) في هذه المسألة في كتابيه فذهب في التذكرة[١] إلى أنّ العيب المتجدّد عند المشتري يمنع عن الردّ بالعيب السابق مطلقاً سواء زال بعد ذلك أم لم يزل . وقال في التحرير[٢] إنّ العيب الحادث عند المشتري إذا زال وارتفع يتمكّن المشتري من الردّ بالعيب السابق .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ مقتضى الأصل عدم جواز الردّ بالعيب السابق فيما إذا حدث في المبيع عيب عند المشتري سواء زال بعد حدوثه أم لم يزل . والظاهر أنّ مراده بالأصل هو الاستصحاب لشهادة ذيل كلامه عليه ، فإنه قال بعد ذلك : فلا يثبت الخيار بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط انتهى .

وكيف كان ، فالصحيح أنّ الحكم يختلف باختلاف المعتمد في المقام ، فإن تمسّكنا بمرسلة جميل وحدها أو بها وبرواية زرارة[٣] فلا مانع من الرد بالعيب السابق بعد زوال العيب الحادث ، وذلك لأنّ المدار في مرسلة جميل على بقاء العين بحالها وعدمه ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ النقص الحادث إذا ارتفع عن المبيع كما إذا كسر رجل العبد أو الدابة ثم طابت يصدق البقاء عرفاً ويقال إنه بعينه المبيع حين المعاملة وأنه فعلاً باقٍ على ما كان عليه وإن كانت الصحة الطارئة بعد النقص مغايرة عقلاً للصحة الثابتة حال العقد فإنها زالت فلا تعود ولكن الله تعالى أعطى الصحة

---

(١) التذكرة ١١ : ١٢٨ .

(٢) التحرير ٢ : ٣٧٠ .

(٣) تقدّمتا في الصفحة ١٧٧ .

الجديدة بقدرته ، فهي مثل الصحة حال البيع لا عينها عقلاً إلّا أنها هي هي بعينها عرفاً ، فلا مانع من الردّ بعد زوال العيب الحادث ، هذا كلّه فيما إذا استندنا إلى مرسلة جميل وحدها .

وأمّا إذا استندنا إليها وإلى رواية زرارة من جهة أنّ جميل من أصحاب الاجماع ومن الذين أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنهم ، فإذا كان السند صحيحاً إلى جميل فلا ينظر إلى السند بعده إلى الإمام (عليه السلام) ومن هنا عبّر عنها صاحب الحدائق(١) بصحيحة جميل ، فلأنّ المدار في تلك المرسلة كما عرفت هو بقاء العين بحالها حين ردّها مطلقاً تعيّبت بعيب وزال عنها قبل الرد أم لم تتعيّب بعيب أصلاً ، والمناط في رواية زرارة هو إحداث الحدث في المبيع بعد ما قبضه ، وإطلاقها يشمل ما إذا ارتفع الحدث وزال بعد حدوثه وعدم ارتفاعه ، فالمناط في عدم جواز الرد مجرد إحداث الحدث فإذا صدق عليه أنه أحدث فيه شيئاً فلا محالة يسقط الرد لأنه مطلق وشامل لصورتي زوال الحدث بعد تحقّقه وعدمه .

وعليه النسبة بين المرسلة ورواية زرارة عموم من وجه ، لأنّ مقتضى المرسلة أنّ بقاء العين بحالها مرخّص في الرد سواء تعيّب قبله أم لم يتعيّب ، ومقتضى الرواية أنّ مجرد الحدث يمنع الردّ سواء زال بعد ذلك أم لم يزل ، فيتعارضان فيما إذا تعيّبت ثم زال عنها العيب ، فإنّ المرسلة يقتضي جواز ردّها حينئذ والرواية تمنع عن ردّها وحيث إنّ تعارضهما بالاطلاق فيسقط كلا الاطلاقين عن الاعتبار ونرجع إلى عمومات الخيار وأدلّته أيّاً ما كان حتى لو كان دليله الشرط الضمني لأنه اشترط عدم تعيّب المبيع حين المعاملة وقد ظهر أنه كذلك فيثبت له الخيار ، هذا كلّه إذا استندنا إلى مرسلة جميل وحدها أو إليها وإلى رواية زرارة .

---

(١) لاحظ الحدائق ١٩ : ٦١.

وأمّا إذا اعتمدنا على رواية زرارة وطرحنا المرسلة لأنّ مراسيل أصحاب الاجماع كمراسيل غيرهم ولا ندري أنّ الواسطة بينهم وبين الإمام (عليه السلام) من هو ، والاجماع على تصحيح ما يصح عنهم لم يثبت عندنا ولا نطمئن بتحقّقه ، فلا يصح الرد بعد زوال العيب حينئذ ، لأنّ المناط في رواية زرارة كما عرفت هو إحداث الحدث ، فإذا أحدث فيه شيئاً سقط خياره وباطلاقه يشمل ما إذا زال عنه الحدث بعد ذلك وما إذا لم يزل ، وهذه نعمت الثمرة فيما سلكناه وسلكه المشهور من اعتبار مراسيل أصحاب الاجماع وعدمه ، فإنه على الأول يحكم بالخيار في المقام بعد زوال العيب المتجدّد عند المشتري ، وعلى الثاني يحكم بسقوط الردّ بالعيب الحادث سواء زال عنه أم لم يزل .

ثم إنه إذا كان الحدث مانعاً ومع ذلك رضي البائع بردّ المعيب المتعيّب بعيب جديد لا إشكال في جواز الرد حينئذ ، لأنّا إذا قلنا بسقوط الخيار بحدوث العيب الجديد فمعناه أنه غير مالك لفسخ العقد ولو بدون رضا البائع كما هو معنى الخيار وأمّا إذا رضي البائع به ورضي به المشتري فلا مانع من الردّ غاية الأمر أنه كالاقالة لا الردّ بالخيار ، وحينئذ إن رضي بردّه مجاناً فهو وإن رضي بالردّ مع أرش العيب الحادث وأراد المشتري ردّه أو أراد ردّه بخياره الآخر كخيار الغبن ونحوه فيجب عليه ردّ عوض العيب الحادث عنده إلى البائع ، ويمكنه المطالبة بقيمة العيب الحادث ، لأنّ للبائع أن يطالب المشتري بردّ عين ماله كما أخذه وحيث إنه فاقد لوصف الصحة من ناحية العيب الجديد فيطالبه بقيمتها لا محالة .

ولكنّه لا يخفى أنّ هذا الأرش الذي يأخذه البائع من المشتري يغاير الأرش الذي يطالبه المشتري من البائع على تقدير أخذه بالمعاملة وعدم ردّها ، فإنّ المشتري إنما يطالب البائع بالتفاوت ما بين المعيب والصحيح من الثمن المسمّى ، لأنه

اشترى صحيح هذا الشيء بتمام الثمن المسمّى وظهر أنه معيب وقيمته ناقصة عن الثمن المسمّى ، فيطالبه بما يقابله من الثمن المسمّى ، وأمّا البائع فيطالب المشتري بعين ماله كما أخذه لأنه معنى الفسخ ، والمفروض أنه فاقد لوصف الصحة من ناحية العيب الجديد ، فلابدّ من أن يخرج عن عهدته لضمانه لأنه تحت يده فتحسب قيمة صحيح هذا الشيء واقعاً ومعيبه ويؤخذ بالتفاوت بينهما ، فالأرش حينئذ أرش القيمة الواقعية لا أرش الثمن المسمّى ، لأنّ البائع لم يعامل مع المشتري معاملة حتى يضمنه المشتري بثمن مسمّى ، بل إنما كان ملكه تحت يده فيجب عليه أن يخرج عن عهدة مال الغير بدفع عينه أو قيمته الواقعية ، وأرشها يختلف فتارةً يكون أكثر من الثمن المسمّى كما إذا اشتراه بقيمة رخيصة وكانت قيمته السوقية أكثر ، وأُخرى يكون أقل منه كما إذا اشتراه بقيمة غالية . وبالجملة أنّ ضمان المشتري حينئذ ضمان اليد وضمان البائع للعيب القديم ضمان المعاوضة بالثمن المسمّى .

ثم إنّ البائع إذا رضي بردّ المعيب الذي حدث فيه عيب جديد عند المشتري فهل للمشتري الامتناع ومطالبته البائع بالأرش أو لا ؟ ذهب الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[1] إلى أنه ليس للمشتري مطالبة الأرش حينئذ ، لأنه اشترط في ثبوت الأرش اليأس عن الردّ ، وفي المقام ليس المشتري مأيوساً عن الردّ لرضا البائع بردّه معيباً .

وردّه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] بأنّ اشتراط الأرش باليأس عن الردّ ممّا يدفعه إطلاقات الأرش ، لأنه ثابت بحسب الأخبار مطلقاً رضي البائع بالرد أم

---

(١) المبسوط ٢ : ١٣٢ .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٠٨ .

لم يرض به ، لقوله (عليه السلام) « إذا أحدث في المبيع حدثاً وبه عيب وعوار بعد ما قبضه يمضي عليه البيع وله أخذ قيمة العيب »[١] وهو مطلق غير مقيّد برضا البائع وعدمه .

وما أفاده (قدّس سرّه) هو الصحيح ، ومن هذا ظهر أنّ ما ذكرناه[٢] في أوائل بحث خيار العيب ـ من حمل كلام الشيخ على ما دلّت عليه الروايات من أنّ الأرش إنما يثبت في مرتبة متأخّرة عن الامضاء بمعنى أنّ المشتري في المرتبة الأُولى مخيّر بين الرد والامضاء المجاني كسائر الخيارات ، ثم إذا لم يتمكّن من الرد لتصرف ونحـوه يثبت له الأرش ، خلافاً للمشهور حيث إنّهم التزموا بثبوت الأرش من الابـتداء وأنه مخيّر بين الأرش والردّ والامضاء مجاناً ، وقد حملنا كلام الشيخ الطوسي على ما دلّت عليه الأخبار وقلنا إنّ مراده من ثبوت الأرش بعد اليأس عـن الردّ هـو أنّ الأرش يثبت في مرتبة متأخّرة فيما إذا لم يتمكّن من الردّ لتصرف ونحوه ، وأجبنا عمّا أورد عليه شيخنا الأنصاري من أنه على خلاف الاطلاقات ، بأنه لا إطلاقات في روايات الأرش حتى يثبت مع الرد في مرتبة واحدة ـ غير تامّ وأنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري وأورده على الشيخ الطوسي (قدّس سرّهما) هو الصحيح ، وأنّ مراد الشيخ ليس هو ما حملنا كلامه عليه بل مراده اليأس من الردّ من جهة عدم رضا البـائع بالردّ ، فيردّ عليه ما أورده شيخنا الأنصاري من أنّ اشتراط الأرش بما إذا لم يرض بالرد ممّا يدفعه الاطلاق ، لأنّ إطلاق رواية زرارة في ثبوت الأرش بعد حدوث الحدث يدفع اشتراط الأرش بما إذا لم يرض البائع بالردّ .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح ٢ (مع اختلاف) .

(٢) في ص ١٣٤ .

الكلام في حكم تبعّض الصفقة

المبيع تارةً يكون أمراً واحداً حقيقياً كالعبد والفرس ونحوهما ، أو واحداً اعتبارياً كالدار ونحوهما ، وفي مثلهما إذا ظهر فيه عيب لا ينبغي الاشكال في عدم جواز ردّ خصوص الجزء المعيب وإبقاء غيره من الأجزاء الصحيحة ، فإنّ الخيار إنما ثبت في ردّ تمام المبيع وإبقائه إذا ظهر فيه عيب أو عوار ، فلا تشمل الأخبار لردّ خصوص الجزء المعيب بل إن ردّ ردّ الجميع وإن أمضى يمضي في تمامه ، ولا يمكنه ردّ البيع في خصوص سرداب الدار إذا ظهر معيباً دون سائر أجزائه ، أو ردّ البيع في نصف الحيوان دون نصفه الآخر إذا ظهر فيه عيب ، فعدم جواز ردّ بعض المبيع في هذه الصورة ممّا لا كلام فيه بل لم يظهر فيه خلاف من أحد .

نعم يظهر ممّا ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المقام حيث أبدى المانع عن ردّ بعض المبيع الواحد الحقيقي أو الاعتباري بأنه يستلزم تبعّض الصفقة على البائع أنّ في المسألة خلافاً ، ولكن الظاهر أنّ المسألة اتّفاقية كما أنه لا خلاف في المسألة الآتية .

وأُخرى يكون المبيع متعدّداً كما إذا باع نصف الدار أو الحيوان بثمن من أحد بيعاً حقيقياً ثم بدا له في بيع نصفه الثاني فباع نصفه الثاني أيضاً منه بثمن ، كان النصف معيّناً أم كان مشاعاً . وفي هذه الصورة إذا ظهر عيب في أحد النصفين لا ينبغي الاشكال في أنه لا يسري إلى النصف الصحيح ، فلا يصح له إلّا ردّ خصوص النصف المعيب ، وليس للبائع أن يطالبه بردّ النصف الصحيح أيضاً لأنه مبيع آخر ببيع آخر ، وهو نظير ما إذا باع كلاً من النصفين من مشترٍ أجنبي عن المشتري الآخر أفهل يحتمل ثبوت الخيار للمشتري للنصف الصحيح من جهة ظهور عيب

(١) المكاسب ٥ : ٣١٠.

في النصف الآخر الذي اشتراه شخص آخر ، لتعدّد المبيع وعدم سراية العيب في أحدهما إلى الآخر ، وهذا بخلاف الصورة الأُولى فإنّ العيب في شيء واحد يسري إلى تمام ذلك الشيء ويقال إنه معيب ، وهاتان المسألتان ممّا لا إشكال فيهما .

وثالثة يكون المبيع أمران لا وحدة بينهما حقيقة ولا اعتباراً بل أحدهما أجنبي عن الآخر وإنّما جمعهما في إنشاء البيع فباع بالبيع الواحد الكتاب والفرس أو هذا الكتاب وذاك الكتاب ونحوهما ثم ظهر عيب في أحدهما ، فهل يثبت له الخيار في ردّ كليهما أو في خصوص المعيب ؟ فيه خلاف وإشكال والمحتملات في المسألة ثلاثة :

الأول : أنّ الخيار إنّما يثبت في خصوص المعيب دون المجموع ، لأنّ الخيار إنّما هو في المعيب وهو أحدهما ولا يسري العيب في أحدهما إلى المجموع ، فلا يصدق أنّ المجموع معيوب بل المعيوب هو أحدهما وهو مغاير للآخر وأجنبي عنه فلا تشمل الأخبار ردّ الآخر ، نعم إذا ردّ المعيب يتبعّض صفقته فيثبت له خيار آخر وهو خيار تبعّض الصفقة ، وهذا الخيار في طول إعمال الخيار الأول وهو خيار العيب ويردّ الآخر بهذا الخيار .

وتظهر الثمرة فيما إذا أسقط جميع خياراته إلّا خيار العيب فإنه لا يمكن حينئذ من ردّ الآخر الصحيح .

الثاني : أنّ الخيار يتعلّق بالمجموع لأنه المبيع دون خصوص المعيب ، والخيار يتعلّق بالمبيع الذي وجد فيه عيب ، والمبيع هو المجموع ويستحيل عادةً كون المبيع بتمامه معيباً ، وإنّما العيب يوجد غالباً في بعض أجزائه كعينه أو اُذنه فيقال إنه معيب باعتبار جزئه ، وكذلك الحال في المقام فيصدق على المجموع أنه معيب ، فهو مبيع معيب إن ردّ ردّ الجميع وإن اُمضي يمضي في الجميع ، وهذا ظاهر وقد ذهب إليه مشهور أصحابنا .

والثالث : عدم الخيار في الصورة المذكورة لا في المعيب ولا في المجموع . أمّا

عدم الخيار في المجموع فلعدم ثبوت العيب في الجميع ، وأمّا عدمه في خصوص المعيب فلعدم كونه المبيع ، لأنّ المبيع هو المجموع دون خصوص المعيب والخيار إنّما يثبت في المبيع إذا صدق عليه المعيب ، هذه أقوال المسألة .

والأقوى منها هو الوجه الأول ، وذلك لتعدّد المبيع وعدم سراية العيب في أحدهما إلى الآخر لأنّهما أجنبيان وأحدهما مغاير للآخر ، فإذا اشترى حيواناً وكتاباً وظهر عيب في الكتاب فلا يصدق أنّ المجموع معيب ، إذ لا وحدة بينهما في مقام الثبوت ولا في مقام الاثبات ، فإنّ هناك بيعان أحدهما تعلّق بهذا والآخر بذاك وإنّما الاجتماع في المبرز والانشاء فقط ، ومن هنا ذكرنا في خيار الحيوان[1] أنه إذا اشترى حيواناً مع شيء آخر يثبت أحكام بيع الحيوان له من الخيار وغيره لأنّ بيعه غير بيع الشيء الآخر ، ولا يمكن أن يقال إنّ الحيوان لم يبع وإنّما بيع المجموع ، ومن هنا لو تعلّق حكم تكليفي أو وضعي ببيع الحيوان أو الفرش فباعه منضمّاً إلى شيء آخر يترتّب عليه لا محالة ، لأنه في الحقيقة باع الحيوان أو الفرش فيعصي بذلك إذا كان بيعه حراماً ، ولا معنى للقول بأنه ما باع الفرش وإنّما باع المجموع .

ومن هنا لم يستشكل أحد فيما نعلم في خيار الشفعة إذا باع أحد الشريكين حصته منضمّة إلى شيء آخر فيقولون حينئذ بثبوت الحق للشريك الآخر مع أنّ شريكه لم يبع النصف بل إنّما باع مجموع النصف والشيء الآخر ، وليس هذا إلّا من جهة أنّ بيع كل واحد منهما بيع على حدة وإنّما الوحدة في المبرز والانشاء لا في حقيقة البيع ، فعليه يثبت الخيار في الفرش دون العبد إذا ظهر الفرش مغيباً عند بيعهما بانشاء واحد .

---

(١) لاحظ المجلّد الثالث من هذا الكتاب مبحث خيار الحيوان فإنّه لم يذكر الفرع فيه .

وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه)(١) من أنّ الخيار إنما يثبت في تمام متعلّق العقد لا في بعضه ، ففيه : إن أراد بذلك أنّ الحيوان الذي وقع متعلّقاً للعقد في بيع الحيوان مع الفرش وظهر معيباً إمّا أن يرد بتمامه أو لا يرد ، ولا يمكنه ردّ العقد في عينه المعيبة أو نصفه دون جميعه ، فكلامه متين ونحن أيضاً نلتزم بذلك ، لأنّ الحيوان متعلّق للعقد فلا يمكن الردّ إلّا في تمامه ، وإن أراد بذلك أنّ الخيار إنّما يثبت في كل من الحيوان والفرش إذا ظهر معيباً لا في خصوص الحيوان بدعوى أنه ليس بتمام متعلّق العقد ، فيدفعه ما عرفت من أنّ كل واحد منهما متعلّق للعقد وليس في أدلّة خيار العيب أو الغبن وغيرهما من الخيارات أنه إذا وقع العقد على خصوص المعيب يثبت الخيار كما إذا وقع العقد على خصوص الحيوان دون ما إذا انضمّ إليه بيع شيء آخر لاطلاق قوله « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار »(٢) من دون تقييده بما إذا وقع الشراء عليه بانفراده دون صورة انضمام شراء شيء آخر إليه .

ولعلّ الاشتباه نشأ من ملاحظة أنّ الحيوان أو الفرش ونحوهما إذا ظهر معيباً لا يمكن ردّه إلّا بتمامه دون نصفه أو ثلثه كما أشرنا إليه في الصورة الأُولى ، فتخيّل أنّ الحيوان والفرش إذا بيعا معاً وظهر العيب في أحدهما لا يمكن ردّ أحدهما دون الآخر لأنه نصف ما وقع عليه العقد ، مع الغفلة عن أنّا أيضاً نلتزم بعدم جواز ردّ نصف المعيب وقع عليه العقد بانفراده أو مع شيء آخر منضم إليه ، بل إن ردّ ردّ تمام المعيب دون نصفه أو ثلثه ، إلّا أنّا ندّعي أنّ المعيب عند بيع شيئين منضمّين اللذين لا وحدة بينهما حقيقة ولا اعتباراً هو خصوص أحدهما ، فهو المردود بتمامه دون الآخر الصحيح ، لأنه مبيع على حدة وقع عليه بيع مستقل فلا وجه لردّه كما أنّ

---

(١) الجواهر ٢٣ : ٢٤٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح ٢ .

الآخر مبيع على حدة ، فهناك بيعان نعم أحد البيعين مشروط بالبيع الآخر ومن هنا نقول بخيار تبعّض الصفقة وهو ظاهر ، وقوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار » الخ مطلق وقد دلّ بمفهومه على جواز الردّ عند شراء شيء معيب اشتري معه أيضاً شيء صحيح أم لم يشتر معه شيء ، فإطلاق الرواية يقتضي الخيار في خصوص المبيع المعيب دون المبيع الصحيح ، إذ لا وحدة بينهما حقيقة ولا اعتباراً وإنما جمعا في الانشاء والابراز وإلّا فلكل منهما بيع .

فالمتحصّل : أنّ المقتضي للرد في خصوص المعيب موجود فلابدّ من التكلّم في أنه هل لذلك المقتضي مانع أو لا .

إعادة فيها توضيح : تقدّم أنه لا إشكال في عدم جواز الفسخ في بعض المبيع فيما إذا كان واحداً شخصياً حقيقياً كالعبد والفرس أو كان واحداً اعتبارياً كالدار والكتاب ونحوهما ، فلا ينفذ فسخ العقد في نصفه مثلاً دون نصفه الآخر ، كان النصف هو المعيب أو الصحيح معيّناً كان أم مشاعاً ، وذلك لا من جهة أنّ نصف الواحد ليس بمبيع لأنه لا إشكال في كونه مبيعاً حقيقة لانحلال العقد والبيع إلى بيوع متعدّدة حسب تعدّد الأجزاء ، ومن هنا لو كان للبيع بما أنه بيع أثر شرعي يترتّب عليه كما إذا باع أحد الولدين نصف الفرس المشترك بينهما فنلتزم بصحة البيع في النصف ونرتّب عليه آثار حلّية البيع والتجارة عن تراضٍ ، لعدم اختصاصهما بما إذا وقعا على تمام الشيء ، بل إذا وقعا على بعض أجزائه أيضاً يترتّب عليه أثرهما ، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في بيع ما يملك وما لا يملك بالفتح وبيع ما يملك وما لا يملك بالضم ، وقلنا هناك إنّ عمومات أدلّة البيع شاملة للبيع فيما يملكه وفيما يتملّك دون الآخر مع أنّه بعض المبيع ، فليس الوجه في عدم ثبوت الخيار في بعض الواحد الحقيقي أو الاعتباري عدم كونه مبيعاً .

بل الوجه في ذلك ما أشرنا إليه من أنّ العرف يفهم من مثل قوله (عليه السلام)

« أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار » الخ أنّ الخيار إنّما هو في ردّ تمام المبيع المعيب وفي رفع العقد من تمامه لا في بعض دون بعض ، ولا ينبغي الاشكال في أنّ الواحد الحقيقي أو الاعتباري يصدق عليه المعيب حقيقة باعتبار تعيّب بعض أجزائه ولا عناية في إطلاق المعيب عليه ، وإنّما يصدق عليه ذلك حقيقة لأنه موجود واحد فلا يصح له الفسخ في نصف المعيب ، وهذا لا يختص بهذا الخيار بل الحال كذلك في جميع الخيارات كخيار المجلس والغبن ونحوهما لعين ما عرفت من أنّ العرف يفهم من دليلها الخيار في رفع العقد عن تمام ما وقع عليه البيع دون بعض أجزائه بل ذلك في مثل الغبن أظهر ، لأنّ مدركه الشرط الضمني وهو إنما وقع على ردّ تمام ما فيه الغبن لا على بعضه ، فإذا اشترى داراً بألف دينار وظهر أنّ قيمتها خمسمائة دينار فالغبن في تمام الدار لا في بعضها فلا ينفذ فسخ نصفها ولعلّه ظاهر ، هذا كلّه فيما إذا ترتّب الخيار على عنوان المبيع كما في خيار المجلس ونحوه .

وأمّا الخيارات المتعلّقة بعناوين خاصة كالحيوان والمعيب فنلتزم فيهما أيضاً بعدم صحة الفسخ في بعضها ، فإمّا أن يردّ الحيوان بتمامه أو يمضيه كذلك إذا اشترى حيواناً ثم أراد فسخه في بعضه ، أو اشترى شيئاً معيوباً فإمّا أن يردّه بتمامه أو يمضيه كذلك دون بعضه ، وكل ذلك لأجل صدق عنوان المعيب على مجموع الشيء الواحد الحقيقي أو الاعتباري حقيقة ، وفهم العرف أنّ الخيار في تمام المعيب لا في بعضه دون بعضه الآخر ، فهذه المسألة ممّا لا إشكال فيه ، وهذا ظاهر .

كما أنه إذا اشترى نصف شيء ببيع وثمن على حدة واشترى نصفه الآخر ببيع آخر فكان هناك بيعان حقيقيان ، فظهر أحدهما معيباً دون الآخر ، فلا إشكال حينئذ في عدم جواز فسخ البيع الآخر الواقع على النصف الصحيح لأنه مبيع ببيع على حدة مستقلاً ، وهو نظير ما إذا باع كل نصف منهما من شخص فلا يحتمل ثبوت الخيار فيما اشتراه المشتري الآخر من جهة ظهور العيب فيما اشتراه المشتري الأول .

وإنما الخلاف والكلام فيما إذا كان المبيع متعدّداً وقد باعهما ببيع واحد كما إذا باع الفرس والكتاب صفقة وظهر عيب في أحدهما ، وقد عرفت أنّ الحق فيه ثبوت الخيار في المبيع المعيب دون المبيع الصحيح ، لما مرّ من أنّ الخيار إنما يثبت في المعيب ولا ينبغي الاشكال في عدم صدق المعيب على المجموع حقيقة لا عقلاً ولا عرفاً إلّا على نحو المجاز ، فإنه لا معنى لاطلاق المعيب على كل ما في الدار باعتبار أنّ فيها كأساً معيباً ، فلا يصح أن يقال كل ما في داري معيب لأجل كون بعضها كذلك ، فإذا لم يصدق المعيب على المجموع فبأيّ وجه يتعلّق الخيار بالمجموع ، وقد عرفت أنّ مقتضى قوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار » الخ أنّ الخيار إنما يثبت في المعيب وإطلاقه يشمل ما إذا كان المعيب متعلّقاً للبيع بانفراده وما إذا كان متعلّقاً له منضمّاً إلى بيع شيء آخر معه .

وأمّا ما أفاده صاحب الجواهر (قدّس سرّه) من أنّ الخيار يثبت في تمام متعلّق العقد لا في بعضه كما حكاه شيخنا الأنصاري فقد عرفت أنه إنّما يكون كذلك فيما إذا وقع العقد على خصوص المعيب . وبعبارة أُخرى الخيار يثبت في تمام المعيب لا في تمام متعلّق العقد ولو كان أمراً أجنبياً وممّا لا يصدق عليه المعيب كما تقدّم ، فالاحتمال الثاني ساقط ، كما أنّ الاحتمال الثالث وهو عدم ثبوت الخيار في المسألة لا في المعيب لأنه ليس بمبيع ، ولا في الجميع لأنّه ليس بمعيب كما احتمله بعضهم ، ممّا لا وجه له لاطلاق قوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً » الخ فإنه أثبت الخيار في المعيب اشتري معه شيء آخر أم لم يشتر معه شيء كذلك ، فالأقوى هو الوجه الأول وإن كان على خلاف المشهور .

فإلى هنا تحصّل أنّ الأدلّة تقتضي ثبوت الخيار في خصوص المعيب دون الصحيح .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنه إذا ردّ نصف متعلّق العقد

مثلاً لا تمامه فإمّا أن يردّ البيع في النصف المشاع وإمّا أن يردّه في النصف المعيّن، فإن ردّ البيع في النصف المشاع فقد ردّ النصف إلى مالكه ناقصاً لأجل حدوث الشركة وهي نقص لعدم استقلال المالك في ماله حينئذ، مع أنه قد أخذه من بائعه بلا هذه النقيصة وقد دفعه إليه مع تلك النقيصة، وكيف لا فلو كانت الشركة موجودة في المال قبل وقوع العقد عليه لكانت بنفسها سبباً مستقلاً في ثبوت الخيار للمشتري، فلا إشكال في أنّ الشركة عيب ونقص مع أنه لابدّ في الردّ من ردّ المال كما أخذه لا ناقصاً.

وإمّا إذا ردّ البيع في النصف المعيّن فاشكال نقص الشركة وإن كان يرتفع حينئذ إلّا أنه يوجب توجّه الضرر على البائع لتبعّض الصفقة. ودعوى أنّ ضرر البائع مجبور بجعل الخيار له في إرجاع النصف الباقي، مندفعة بأن جعل الخيار للبائع في إرجاع النصف الباقي يوجب الضرر على المشتري لامكان أن يتعلّق غرضه بامساك النصف الصحيح.

ثم أيّد كون الشركة نقصاً وعيباً تمنع عن الردّ بأنّ الرواية نصّت على أنّ صبغ الثوب وخياطته يمنعان عن الردّ، وليس ذلك إلّا من جهة أنه إذا ردّه حينئذ يوجب ذلك الشركة في الثوب بنسبة الصبغ أو الخياطة مع المالك، ولأجل أن لا يتوجّه نقص الشركة منع (عليه السلام) عن الردّ بهما، وبأنّ مانعية الشركة عن الردّ أولى من مانعية نسيان الدابة الطحن عن الردّ، لأنه ليس بعيب ونقص ولذا لو كان نسيان الدابة قبل وقوع البيع لما كان يوجب الخيار للمشتري، لأنّ النسيان ليس من العيوب بخلاف الشركة لأنّها لو كانت قبل المعاملة لأوجب الخيار كما مرّ فهي أولى بالمانعية عن الردّ.

ثم قال (قدّس سرّه) في أواخر كلامه(١): إنّ إثبات جواز ردّ خصوص المعيب وإمساك الجزء الآخر الصحيح يوجب سلطنة للمشتري في إمساك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بجعل الخيار للبائع حتى لا يتضرّر ، وهذا ليس بأولى من منع سلطنة المشتري على ردّ خصوص المعيب وإمساك الجزء الصحيح من الابتداء بل الثاني أولى من الأول ، وعلى تقدير التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم ، هذا ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

وللمناقشة فيما أفاده مجال ، وتوضيح الجواب عمّا أفاده (قدّس سرّه) أن يقال بعد ما عرفت من شمول أدلّة الخيار لخصوص الجزء المعيب وعدم القصور في المقتضي ، لابدّ من التعرّض لما يمكن أن يكون مانعاً عن تأثير المقتضي في المقام وهو أُمور :

منها : أنّ الأخبار قد دلّت على اعتبار بقاء المأخوذ بعينه حال الرد بأن يكون المردود عين المأخوذ ، وفي المقام إذا ردّ المشتري خصوص الجزء المعيب وأبقى الجزء الصحيح عنده فلم يردّ المأخوذ كما أخذه فإنه إنما أخذهما على نحو الاجتماع ويردّه على نحو الانفراد وهذا يمنع عن ردّ خصوص المعيب ، هذا .

والجواب عن ذلك : أنّ التبعّض والاشتراك إنّما يعرضان بنفس الفسخ والردّ في البعض لا قبله ، وظواهر الأخبار هو اعتبار أن يكون متعلّق الردّ عين ما تعلّق به الأخذ ، وهو كذلك في المقام فإنّ العين باقية بحالها وإنّما يعرضها عيب الشركة والتبعّض في مرتبة متأخّرة عن الفسخ في البعض لا في مرتبة سابقة عليه ، ومثله لا يمنع عن الردّ ، ومن هنا لو فرضنا أنّ العين بحيث لو ردّت إلى مالكها لمرضت أو تلفت لا يكون ذلك مانعاً عن الردّ ، والوجه في ذلك أنّ متعلّق الردّ عين متعلّق

---

(١) المكاسب ٥ : ٣١١ ـ ٣١٢ .

الأخذ وما يعرضه من النقص في مرتبة متأخّرة عن الفسخ لا يكون مانعاً عن الردّ فما أفاده (قدّس سرّه) في أوائل كلامه من أنّ ردّ الجزء المشاع يوجب الشركة وهي عيب ونقص تمنع عن الردّ لا يثبت مرامه ، لأنّ الشركة تحصل بنفس الردّ لا قبله .

ومنها : أنّ التبعيض في الردّ وإمساك الجزء الصحيح يوجب الضرر على البائع وحديث نفي الضرر يدفعه ويمنع عن التبعيض في الردّ .

وحلّ هذا الإشكال يتوقّف على تحليل مورد الضرر فنقول : إن أُريد بذلك أنّ في ردّ الجزء المعيب ضرراً على البائع لأنّ قيمته أنقص عمّا لا عيب فيه فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنه لا يختص بالمقام بل الأمر كذلك في ردّ جميع المعيبات وهو من جهة دلالة الأخبار على الخيار في ردّ المعيب ولو كان ذلك على ضرر البائع ، ومن المفروض شمول أدلّة الخيار للمقام وعدم قصورها عنه وحديث لا ضرر لا يتقدّم عليها (لأنّها واردة في مورد الضرر فتتقدّم عليه) هذا بعد تسليم شمول حديث لا ضرر للمقام .

وإن أُريد من الضرر الوارد على البائع الضرر المتوجّه عليه من جهة إمساك الجزء الصحيح وأنّ ردّه المعيب لا ضرر فيه أو لا أثر للضرر الناشئ من جهته وإنّما المانع هو الضرر المتوجّه عليه من ناحية إمساك الجزء الصحيح ، ففيه : أنه لو فرضنا شمول الحديث للضرر الناشئ من إمساك الجزء الصحيح فغاية ما يلزم منه هو رفع ما فيه الضرر وهو إمساك الجزء الصحيح ، فبه يثبت السلطنة للبائع في استرداد الجزء الصحيح حتى لا يتوجّه عليه الضرر ، وهذا لا ربط له برفع جواز الردّ في خصوص الجزء المعيب ، لأنّ المفروض أنه خارج عن مورد الضرر وإنما مورده إمساك الجزء الصحيح ، وبذلك لا يمكن رفع الخيار في ردّ الجزء المعيب ، هذا .

ثم إنه لو عورض الضرر المتوجّه إلى البائع من إمساك الجزء الصحيح بالضرر المتوجّه إلى المشتري في ردّ الجزء الصحيح أيضاً ، لأنّ غرضه قد يتعلّق

بامساك المبيع الصحيح فلا محالة يتعارض الضرران فلا يشمل الدليل واحداً منهما فنرجع إلى عمومات اللزوم في الجزء الصحيح ، وهذا لا ربط له بالخيار في الجزء المعيب لأنه خارج عن مورد الضرر حسب الفرض فلا يشمله أحكام تعارض الضرر بالضرر المتوجّه إلى المشتري ، فما أفاده (قدّس سرّه) في أواسط كلامه من أنّ إمساك الجزء الصحيح ضرري على البائع ولا يمكن جبره بخيار البائع لأنه ضرري على المشتري ، لا ربط له برفع الخيار في ردّ الجزء المعيب .

ومنها : ما لم يتعرّض إليه في كلامه وهو أن يقال : إنّ البائع قد اشترط شرطاً ضمنياً على المشتري أن يردّه كلا الجزأين أو يمسكهما معاً ، فلو ردّ بعضه دون بعضه الآخر فيثبت للبائع خيار تخلّف الشرط ويتمكّن من استرداد الجزء الصحيح أيضاً وهذا إن لم يتم في بعض الموارد فهو تام في مثل بيع مصراعي الباب وغيرهما من أفراد المبيع المنضمّة إلى فرد آخر ، فإنّ البائع لا يرضى بردّ إحدى المصراعين دون الأُخرى ، وهذا أمر صحيح ولكنّا نلتزم بمقتضاه ، ومن هنا نثبت للبائع خيار تبعّض الصفقة وأنّ المشتري له الخيار في ردّ خصوص المعيب ويترتّب على إعماله الخيار خيار آخر للبائع في استرداد الجزء الصحيح حتى لا يتبعّض عليه الصفقة ، كما يثبت للمشتري أيضاً هذا الخيار أعني خيار تبعّض الصفقة .

ومن هنا يظهر أنّ إثبات السلطنة للمشتري في ردّ المعيب وإمساك الجزء الصحيح ثم بعد إعماله الخيار يثبت سلطنة أُخرى للبائع هو الذي تقتضيه القاعدة ومعها لا وجه لدعوى أولوية عدم ثبوت السلطنة للمشتري في إمساك الجزء الصحيح كما وقع في كلامه (قدّس سرّه) لأنه مخالف للقاعدة وهي مقتضى إثبات السلطنة للمشتري أوّلاً ثم إذا أعملها المشتري تثبت سلطنته للبائع في استرداد الجزء الصحيح دون نفي سلطنة المشتري من الابتداء ، هذا .

ثم إنّهما لو تساويا وتساقطا فالمرجع هو أخبار الخيار دون عمومات اللزوم

لأنّا فرضنا أخبار الخيار تامّة وغير قاصرة عن الشمول للمقام، إذ لو كانت قاصرة عنه ولم يكن مقتض للخيار في المقام لما أمكننا إثبات الخيار بالأولوية المذكورة في كلامه، لأنها من الاُمور الاستحسانية الخارجة عن طريقتنا وهي أشبه بفقه العامّة.

ثم إنّ ما أيّد به كلامه من مرسلة جميل حيث مثّل بصبغ الثوب وخياطته بتقريب أنّهما إنما منعا عن الردّ من جهة حصول الشركة مع المالك بنسبة الصبغ والخياطة، ففيه أوّلاً: أنّ المعتمد عندنا ليس هو المرسلة بل المدرك رواية زرارة.

وثانياً: أنّها إنّما دلّت على مانعية الشركة عند الردّ كما إذا ردّ نصف المعيب المتعلّق للعقد، ونحن أيضاً نلتزم بأنّ الشركة في المال عيب وهو مانع عن الردّ، ومن هنا قلنا يثبت للبائع الخيار حينئذ وأنه لا يصح ردّ بعض المبيع الواحد، إلّا أنه خارج عن محل الكلام، ومحل البحث إنّما هو حصول تبعّض الصفقة عند ردّ المعيب دون الصحيح لا الشركة، إذ المفروض أنّ متعلّق العقد أمران أحدهما منحاز عن الآخر، وردّ المعيب دون الصحيح لا يوجب الشركة وإنما يوجب تبعّض الصفقة والرواية لم تدل على مانعية تبعّض الصفقة وإنما دلّت على مانعية الشركة.

وثالثاً: أنّا نمنع عن كون الوجه في مانعية الصبغ والخياطة هو حصول الشركة، وإنما الوجه فيه ما عرفت من أنهما يوجبان النقص في المال، لأنّ خياطة الثوب تقلّل رغبة المشترين لعدم تساوي الناس في طول أبدانهم وعرضها، ولعلّ المخيط أطول من قامة المشتري أو أعرض منها.

فإلى هنا تحصّل أنّ المقتضي لردّ خصوص الجزء المعيب تام والمانع عنه مفقود، هذا كلّه فيما إذا اتّحد البائع والمشتري وتعدّد المبيع.

وأمّا الصورة الثالثة التي عبّر عنها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بالصورة الثانية مع أنها بحسب تقسيمه ثالثة الصور ولعلّ النسخة مغلوطة: فهي ما إذا اتّحد البائع والمبيع وتعدّد المشتري كما إذا باع ماله من شخصين فهل يتمكّن أحدهما من

الفسخ في نصفه فيما إذا لم يفسخ الآخر في النصف الآخر أو لا ؟

فربما يقال كما عن جماعة ومنهم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بعدم تمكّن أحد المشتريين من الفسخ في النصف فيما إذا لم يفسخ الآخر بدعوى أنه يوجب تبعّض الصفقة على البائع وهو نقص يمنع عن الردّ كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى .

وأُخرى يقال بتمكّن أحدهما من الفسخ مطلقاً سواء علم البائع بتعدّد المشتري أم لم يعلم به .

وثالثة يفصّل بين صورة علم البائع بتعدّد المشتري فيجوز لأحدهما الفسخ وإن لم يفسخ الآخر ، وصورة جهل البائع بتعدّده فلا يجوز كما هو محتمل كلام الشيخ (قدّس سرّه) ، هذه أقوال المسألة .

وتفصيل الكلام في المقام أن يقال : إنّ البائع إذا باع ماله من المشتريين ببيعين مستقلّين كما إذا باع نصفه من أحدهما وقال بعتك هذا النصف أو نصفه ، وباع النصف الآخر من الآخر فكان هناك بيعان مستقلّان غاية الأمر أنهما متقارنان بحسب الزمان ، ففي هذه الصورة لا إشكال في أنّ أحد المشتريين يتمكّن من الفسخ فيما اشتراه وهو النصف فيما إذا ظهر فيه عيب وإن لم يفسخ الآخر ، لأنه اشتراه ببيع مستقل ولا ربط له بالبيع الآخر بوجه فيشمله عمومات الخيار ومفهوم قوله « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار » الخ(٢) لأنه شيء وبه عيب وقد اشتراه فالظاهر عدم الخلاف في تمكّن كل منهما من الفسخ لشمول الأخبار وعدم لزوم تبعّض الصفقة ونحوه ، لأنّ الفرض أنه يردّ تمام المبيع ، ومبيعه بالبيع الاستقلالي هو

---

(١) المكاسب ٥ : ٣١٢.

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٢.

النصف حتى أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لا يقول بعدم جواز فسخ أحدهما في هذه الصورة ولعلّه ظاهر ، وهذا من دون فرق بين صورة تعدّد الإيجاب والقبول واتّحادهما ، أو تعدّد الايجاب واتّحد القبول ، أو تعدّد القبول واتّحد الايجاب ، لأنّ المفروض أنّ البيع بحسب الواقع متعدّد فلا يختلف حكمه باختلاف المبرزات .

وأمّا إذا باع البائع لكل منهما النصف في بيع واحد بأن قال بعتكما هذه الدار أو بعت هذه الدار منكما بأن يكون البيع واحداً ، فهذه الصورة هي محل الخلاف في تمكّن كل منهما من الفسخ فيما إذا لم يفسخ الآخر ، ولكن الصحيح أنّ القول بثبوت الخيار لكل منهما في هذه الصورة أظهر من القول به في المسألة الأُولى المتقدّمة حتى أنّا لو قلنا في المسألة السابقة بعدم جواز ردّ خصوص المعيب دون الصحيح نلتزم في المقام بتعدّد الخيار وأنّ لكل من المشتريين الفسخ في النصف وإن لم يفسخ الآخر والوجه في ذلك أنّ البيع وإن كان واحداً في مقام الانشاء والاثبات إلّا أنه متعدّد في الواقع لانحلاله بتعدّد المشتري حقيقة ، فهو قد باع نصف ماله من هذا حقيقة ونصفه الآخر من الآخر كذلك وإن كان بحسب الانشاء واحداً ، ويصدق على كل منهما أنه اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ، لأن كلاً منهما اشترى النصف حقيقة فيشمله قوله « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب » الخ فإنّ نصف المعيب معيب أيضاً ولم يقيّد (عليه السلام) شراء المعيب بما إذا لم ينضمّ إلى شراء شيء آخر فلا قصور من ناحية الأخبار والمقتضي .

بل الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في تبعّض سائر الخيارات غير خيار الحيوان بتعدّد المشتري ، مثلاً إذا كان المشتري متعدّداً وكانا في المجلس ففسخ أحدهما دون الآخر يكون فسخه في النصف نافذاً ، لأنّ خيار المجلس يتبعّض بتعدّد المشتري إذ يصدق على كل منهما « البيّعان » وكذا الحال في خيار الغبن لأنّ أحد المشتريين يتمكّن من الفسخ في حصّته عند ظهور الغبن ، لأنه اشترط على

البائع عدم زيادة ثمنه عن القيمة السوقية شرطاً ضمنياً ارتكازياً .

وكيف كان ، فلا ينبغي الاشكال كما لم ينقل خلاف من أحد في تبعّض الخيارات بتعدّد المشترين لأنّ « البيّع » يصدق عليهما ، كما أنّ الغبن في المال يصدق على نصفه أيضاً .

نعم لا يتبعّض خيار الحيوان بتعدّد المشتري فيما إذا اشترى إثنان حيواناً فأراد أحدهما الفسخ في نصفه ، وذلك لأنّ نصف الحيوان ليس بحيوان ، والخيار إنّما ثبت لصاحب الحيوان وصاحب النصف ليس بصاحب الحيوان وهذا ظاهر ، فإذن لا يمكن المناقشة في تبعّض خيار العيب أيضاً بتعدّد المشتري ، لأنّ نصف المعيب أيضاً معيب ويصدق على كل منهما أنه اشترى شيئاً وبه عيب وعوار الخ ، فلا قصور في شمول الأخبار والمقتضي للمقام .

وأمّا ما أبداه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الموانع **فمنها** : أنّ مثل قوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب » منصرف عمّن اشترى النصف ، فلا تشمل الأخبار المقام لانصرافها إلى ما إذا اشترى تمام الشيء وقال : إنّ وجه الانصراف يظهر بالتأمّل .

ونحن بعد ما تأمّلنا لم يظهر لنا الوجه في الانصراف ولا نرى مانعاً من شمول إطلاق « أيّما رجل اشترى » لمشتري النصف ، كيف وقد عرفت أنه لم يختلف اثنان فيما نعلم من الأصحاب في تبعّض الخيارات بتعدّد المشتري ولم يدّعو الانصراف فهذا الوجه ساقط .

ومنها : أنّ ردّ أحدهما دون الآخر يوجب تبعّض الصفقة على البائع وهو نقص وعيب يمنع عن الردّ .

ويرد عليه : ما أوردناه سابقاً من أنّ النقص إنّما يمنع الردّ فيما إذا كان في مرتبة سابقة على الفسخ ، وأمّا النقص اللاحق له فلا دليل على أنه مانع عن الردّ

والنقص في المقام إنّما يحصل بنفس الفسخ لا قبله ، هذا أوّلاً .

وثانياً : لو سلّمنا أنّ مطلق النقص حتى النقص اللاحق للفسخ بحسب المرتبة مانع عن الردّ ، فهو إنما يفيد في المسألة المتقدّمة لوحدة المبيع فيها ، وأمّا في المقام فلا ، لأنّ المأخوذ لكل منهما هو النصف والفرض أنه يردّ تمام ما أخذه فالمردود عين المأخوذ لأنه لم يأخذ الجميع حتى يردّ عليه النقص عند ردّ نصفه .

ومنها : أنّ إبقاء النصف الآخر وردّ أحد النصفين ضرر على البائع .

ويدفعه : ما تقدّم في المسألة المتقدّمة من أنّ ردّ خصوص المعيب وهو النصف لا يكون ضرراً مانعاً عن الردّ لمكان أدلّة الخيارات ، وأمّا الضرر في إمساك النصف الآخر فهو وإن تم يوجب الخيار للبائع في استرداده لو لم يعارض بضرر المشتري في تعلّق غرضه بامساك النصف الآخر وإلّا يتساقطان ولا ربط له بالخيار في النصف المعيب كما تقدّم ، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الموانع لا يرجع إلى محصّل .

نعم يمكن أن يقال بثبوت الخيار للبائع من جهة تخلّف الشرط ، لأنه إنما باع هذا النصف من هذا المشتري بشرط كون النصف الآخر مبيعاً من الآخر ، فإذا تخلّف هذا الشرط ولم يشتره المشتري أو فسخه في النصف فيثبت له الخيار في استرداد النصف الآخر فيما إذا أعمل أحدهما خياره في فسخ النصف ، وقد عرفت أنّ هذا لا يختص بخيار العيب بل الأمر كذلك في جميع الخيارات شرطاً كان أو مجلساً أو غبناً إلّا في خيار الحيوان .

ثم إنّ المقام لا يقاس بإرث الخيار فيما إذا كان الوارث متعدّداً فإنّ الخيار الثابت للمورّث لمّا كان خياراً واحداً ثابتاً في تمام المبيع ، لأنّ الفرض أنه كان وحده مشترياً تمام المبيع ، فلا محالة يكون الموروث هو هذا الخيار الواحد الثابت في ردّ تمام المبيع ، وهذا ينتقل إلى الورثة فلا يتمكّن كل منهما من الفسخ في حصته إلّا فيما إذا

فسخ الآخر في حصته، لعدم ثبوت الخيار لكل منهما بل الخيار للجميع في جميع المال لا في بعضه لبعضه، وهذا بخلاف المقام لأنّ المفروض أنّهما مشتريان متعدّدان ويصدق على كل منهما أنه اشترى شيئاً وبه عيب وعوار الخ، فلا محالة يثبت الخيار لكل منهما فيما اشتراه، كما لا يفرّق فيما ذكرناه بين صورة علم البائع بتعدّد المشتري وجهله. نعم ثبوت خيار تخلّف الشرط في صورة الجهل أظهر من ثبوته في صورة العلم لأنه إنّما باع كلاً من النصفين من المشتري بشرط النصف الآخر ولا يعلم بتعدّدهما وشراء كل منهما نصفه، هذا كلّه في هذه الصورة.

وأمّا الصورة الثالثة وهي صورة تعدّد البائع ووحدة المشتري كما إذا باع شريكان مالهما من شخص واحد فثبوت الخيار في ردّ كل نصف إلى مالكه بلا ردّ النصف الآخر أظهر من ثبوته في الصورتين المتقدّمتين، لأنه بيعان حقيقة ولا يأتي فيه مسألة الضرر وتبعّض الصفقة على البائع، لأنه يردّ إليه تمام ما انتقل عنه وهو النصف. نعم لو اشترطا أن يبيع نصف هذا المال مشروطاً ببيع الآخر نصفه يثبت لهما خيار تخلّف الشرط عند ردّ أحد النصفين إلى مالكه، هذا.

ثم إنه ربما تجتمع صورتان أو أكثر من الصور المتقدّمة في مورد فيكون البائع متعدّداً والمشتري أيضاً متعدّداً كما إذا باع شريكان مالهما من أخوين أو شريكين ففي هذه الصورة يشتري كل من المشتريين ربع المال من هذا المالك وربعه من الآخر وكذلك المشتري الآخر، فهل له ردّ أحد الربعين دون الآخر أو لا؟ يأتي فيه ما قدّمناه في الصور المتقدّمة وقلنا بثبوت الخيار في ردّ البعض في تمام الصور وبالجملة يلحق حكم كل واحد من تعدّد البائع والمشتري حكمه، هذا تمام الكلام في مسقطات الردّ ويقع الكلام بعد ذلك في مسقطات الأرش دون الردّ إن شاء الله تعالى.

موارد سقوط الأرش دون الردّ

منها : ما إذا كان العوضان أي الثمن والمثمن متجانسين ربويين أي من قبيل المكيل والموزون ثم ظهر عيب في أحدهما ونفرضه في الثمن ، فإنه لا يتمكّن من مطالبة الأرش لاستلزامه الربا وهو الزيادة في أحد العوضين المتجانسين ، نعم له ردّ المعاملة وهو ظاهر . وقد نقل العلّامة (قدّس سرّه)[1] عن بعض الشافعية أنه لا مانع من مطالبة الأرش حينئذ من جهة أنّ اللازم هو المماثلة في المقدار في العوضين المتجانسين في العقد وهي متحقّقة في المقام ، والأرش غرامة شرعية تثبت خارجاً لا ربط لها بالعقد ثم استجوده وقال إنه الأقرب .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ استلزام الأرش للربا إنما هو باحدى دعويين : الدعوى الأُولى : أنّ وصف الصحة في المبيع ممّا يقع في مقابله المال ، لبداهة أنّ المعيب لا يسوى بما يسوى به الصحيح ، فأخذ الأرش عند ظهور العيب في المبيع على القاعدة لعدم وصول مقابل تمام الثمن إليه ، فله أن يطالبه بنسبة الصحيح إلى المعيب من الثمن لما عرفت من اختلاف قيمتي المبيع صحيحاً ومعيباً ، وهذا أمر وجداني على القاعدة حتى أنّنا كنّا نلتزم بالأرش لو لم يرد فيه رواية أيضاً ، لأنه على القاعدة ، إلّا أنّ ذلك في غير العوضين الربويين ، وأمّا فيهما فقد منع الشارع من أخذ مقابل الصحة وحكم بتساوي المعيب والصحيح فيهما واعتبر المماثلة بينهما في المقدار كيلاً أو وزناً ، كان أحدهما معيباً أم لم يكن ، فإذا باع خمسة مثاقيل فضّة معيبة بخمسة مثاقيل فضّة صحيحة ليس له أخذ ما يقابل وصف الصحة أبداً لأنه يوجب الزيادة في أحدهما وهي رباً حرام ، وعليه ففي المقام إذا طالب البائع بما يقابل وصف الصحة أي الأرش فيكون هذا موجباً للزيادة في أحد العوضين

---

(١) التذكرة ١١ : ١٣١ ـ ١٣٢ .

الربويين وهي محرّمة ورباً ومخالف لمنع الشارع عنه .

والدعوى الثانية : أن يقال بعد تسليم أنّ وصف الصحة لا يقابل بالمال ، أنّ أدلّة حرمة الربا عامّة تشمل كل زيادة حصلت في أحد العوضين ، كانت الزيادة زيادة في أحدهما حين العقد أم كانت تابعة لأحدهما ومن لوازمه وإن لم تكن كذلك حين العقد ، فتشمل الغرامة الأرشية أيضاً لأنها زيادة وإن سلّمنا عدم كونها من أجزاء أحد العوضين ، وبالجملة لا يجوز أن يكون أحد العوضين الربويين زائداً عن الآخر بوجه ، فإذا طالبه في المقام بالأرش فيستلزم ذلك كون أحد العوضين زائداً على الآخر ، هذا .

وفي كلتا الدعويين ما لا يخفى ، **أمّا الدعوى الأُولى** : فلما ذكرناه غير مرّة من أنّ وصف الصحة لا يقابل بالمال ، لأنه كغيره من الأوصاف والأعراض لا يقابل بالمال أبداً ، وممّا يدلّ على ذلك : أنّ الفقهاء تسالموا على أنّ البائع مثلاً إنما تشتغل ذمّته بالأرش بمطالبة المشتري إيّاه وأمّا قبلها فلا ، فلو مات قبل مطالبة المشتري لم يحسب الأرش من ديونه ولا يخرج من تركته ، فلو كانت الصحة مقابلة بالمال لكان البائع غير مالك لما يقابلها من الثمن من الابتداء وتكون ذمّته مشغولة بالأرش قبل مطالبة البائع إيّاه ، فهذا يكشف عن أنّ الصحة لا يقابل بالمال .

على أنّ لازم ذلك أن لا ينتقل إلى البائع تمام الثمن لأنّ ما يقابل منه الصحة مال للمشتري فلا يجوز له التصرف فيه ، فلو ردّه لوجب أن يردّه أي الأرش من عين الثمن مع أنّ التصرف فيه للبائع سائغ ولا يجب عليه ردّ الأرش من عين الثمن بل له ردّه من غيره من أمواله .

وكيف كان ، فلا يقع بازاء وصف الصحة مال فإذا ظهر عيب في المبيع ليس للمشتري أن يطالب البائع بما يقابل الصحة من الثمن لأنه بتمامه وقع في مقابل الذات والذات وصلت إليه ، نعم له الخيار في ردّ المعاملة لأجل الشرط الضمني ولالتزام

البائع بوصف الصحة ، وأمّا مطالبة الأرش فلا ، فمن هنا يكون الأرش على خلاف القاعدة ولو لم يرد به الأخبار لما كنّا نلتزم به بوجه ، وعليه ففي المقام إذا طالب المشتري البائع بالأرش فلا يستلزم ذلك زيادة في أحد العوضين بل هما متساويان والأرش غرامة خارجية قد أثبتها الشارع فلا ربا في المقام .

وأمّا الدعوى الثانية ففيها : أنّ إثباتها يحتاج إلى دليل ولا دليل على أنّ مطلق الزيادة في الربويين ربا ولو لم تكن ثابتة في أحد العوضين بل كانت من توابعه ، وإنّما الدليل دلّ على أنّ زيادة أحد العوضين زيادة معاملية محرّمة لكونها رباً لا مطلق الزيادة ولو لم تكن معاملية كما إذا باع عشرة مثاقيل ذهباً من الحلي المصوغ بعشرة مثاقيل ذهباً غير مصوغ فكانا متساويين في المقدار وبعد ما تمّت المعاملة وصار كل منهما ملكاً للآخر كسر البائع ذلك الحلي المصوغ وأزال عنه الصياغة بعد ما دخل في ملك المشتري ، فإنه في هذه الصورة ضامن لما أتلفه وكسره بلا إشكال لاتلافه مال الغير ، ولا يمكن حينئذ أن يقال بعدم ضمان البائع المتلف من جهة أنه يستلزم الزيادة في أحد العوضين وهي محرّمة ورباً ، إذ المحرّم إنّما هي الزيادة المعاملية لا مطلقها ولو كانت تابعة لأحدهما وذلك ظاهر ، وعليه فلا مانع من مطالبة الأرش في المقام لأنه غرامة خارجية وليس من أجزاء الثمن ، وزيادتها لا توجب الحرام لأنّ الربا هو الزيادة المعاملية بأن يبادل أحدهما بما هو أكثر منه لا مطلق الزيادة كما عرفت .

وأمّا ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] عن بعضهم من التفصيل بين كون الزيادة من جنس العوضين فلا يجوز وبين كونها من جنس آخر فيجوز فهو من غرائب الكلام ، لأنّ الزيادة إن كانت معاملية فهي رباً مطلقاً كانت من جنس

---

(١) المكاسب ٥ : ٣١٧.

العوضين أو خارجة من جنسهما ، بل حتى لو كانت زيادة حكمية كالشرط ونحوه وإن لم تكن معاملية وكانت خارجية وتابعة لأحدهما فلا تكون رباً كانت من جنسهما أم لم تكن ، فالصحيح ما عرفت ، هذا .

ثم إنه ربما يورد على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّا على تقدير تسليم إحدى الدعويين المتقدّمتين إذا قلنا بشمول حرمة الربا للمقام فمجرد هذا لا يكفي في الحكم بعدم ثبوت الأرش في المقام كما صنعه هو (قدّس سرّه) بل لابدّ من بيان تقديم دليل حرمة الربا على دليل جواز المطالبة بالأرش ، والوجه في عدم كفاية كون الربا شاملاً للمقام هو أنّ دليل حرمة الربا ودليل جواز المطالبة بالأرش متعارضان والنسبة بينهما عموم من وجه ، لأنّ ما دلّ على الحرمة في الربا أعم من الزيادة المعاملية والزيادة الخارجية كالغرامة ، كما أنّ ما دلّ على جواز أخذ الأرش أعم من أن يكون المعيب ربوياً أو غير ربوي فيتعارضان في المعيب الربوي بالعموم من وجه ، وحيث إنّ التعارض بالاطلاق فيسقطان فلا يبقى لنا دليل لا على جواز المطالبة بالأرش ولا على حرمة الربا ، وهذا وإن كان في النتيجة مساوياً لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الاكتفاء بشمول أدلّة الربا للمقام فإنّ النتيجة واحدة في كليهما وهي عدم صحة المطالبة بالأرش ، إلّا أنّ عدمه على ما ذكرنا من جهة عدم الدليل على صحته كما لم يدل دليل على حرمته ، وأمّا بناء على ما أفاده هو (قدّس سرّه) يكون المطالبة به محرّمة لأنه ربا ، وكيف كان فلا يمكن الاكتفاء بمجرد شمول الربا للمقام ، إذ يمكن أن يقال حينئذ لماذا قدّمتم دليل الربا على دليل الأرش مع أنّهما متعارضان بالعموم من وجه ، هذا .

ولكن الصحيح هو ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من تقديم دليل حرمة الربا على دليل جواز الأرش بلا ملاحظة التعارض والحكم بالتساقط

والوجه في ذلك أنّ حرمة الربا ثابتة بالكتاب لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1] وجواز الأرش ثابت بالسنّة، وقد قدّمنا في محلّه[2] أنّ الخبر المعارض للكتاب ولو بنحو العموم من وجه ساقط عن الحجّية وباطل وزخرف حتى فيما إذا لم يكن معارضاً لسنّة أُخرى ولأجل ذلك يتقدّم حرمة الربا في المقام على دليل أخذ الأرش مع كون النسبة بينهما عموماً من وجه كما سلكه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

وأمّا ما أفاده السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[3] في تعداد موارد سقوط الأرش دون الردّ من أنّ من تلك الموارد ما إذا كان العوضان من النقدين كما إذا باع كذا مقداراً من النقد بمقدار مساوٍ معه من النقد الآخر وبعد ما تقابضا وتفرّقا وجد أحدهما فيما انتقل إليه عيباً، فإنه لا يتمكّن من أخذ الأرش حينئذ لتمامية المعاملة ولزوم كون التقابض في المجلس لقوله (عليه السلام) « وإن نزى حائطاً فانز معه »[4] وأخذ الأرش بعد المجلس غير جائز.

فالجواب عنه: ما تقدّم من أنّ الدليل دلّ على أن يكون تقابض العوضين في المجلس لا تقابض كل ما يتبعهما، والأرش ليس من أحد أجزاء العوضين وإنّما هو غرامة خارجية فلا بأس بكونها في خارج المجلس وهو ظاهر.

ومن جملة الموارد التي ذكروا أنّ الأرش يسقط فيها: ما إذا لم يكن النقص من العيوب الموجبة لنقص القيمة وقد مثّلوا له بالعبد الخصي فإنه نقص ولكنه لا يوجب نقصاً في القيمة لرغبة الناس في مثله لأغراض محلّلة كالاطمئنان بعدم نظره

---

(١) البقرة ٢: ٢٧٥.

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨): ٥١٦ ـ ٥١٧.

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي): ٨٦ من مبحث الخيارات.

(٤) الوسائل ١٨: ١٦٩ / أبواب الصرف ب ٢ ح ٨.

إلى أهل الرجل بشهوة أو محرمه .

وما أفادوه كذلك ، لأنه لا نقص في القيمة ولا تفاوت بين الناقص والتامّ بحسب القيمة حتى يثبت الأرش ، إلّا أنّ الكلام في أنّ ذلك خروج تخصّصي أو تخصيصي بمعنى أنّ مثل الخصي عيب يثبت به الخيار كسائر العيوب ويستثنى الأرش لعدم التفاوت في قيمة صحيحه ومعيبه ، أو أنّ مثله ليس بعيب ولا يثبت به الخيار حتى يستثنى منه الأرش ، والظاهر هو الثاني لأنّ العبد الخصي الذي يرغب فيه أكثر العقلاء وإن رغب عنه طائفة اُخرى لميلهم إلى تكثير نسله وزيادة عبيدهم لا يعدّ من المعيوب الذي يثبت فيه الخيار ، أو الخصي في الديك المعبّر عنه اليوم بالمخصي فإنه ممّا يرغب إليه جميع الناس لأنه يوجب زيادة قوّته ليس من المعيوب ، لأنّ العيب ليس بمعنى مطلق النقص عن الخلقة الأصلية وإلّا لكان الختان أيضاً عيباً في العبيد ، بل المراد به هو النقص الموجب لنقص قيمة الشيء وليس الأمر كذلك في المقام لعدم نقص القيمة في الخصي أو العبد المختون ، فعلى هذا فما ذكروه من عدم ثبوت الأرش في المقام سالبة بانتفاء الموضوع بمعنى أنه لا خيار حتى يثبت فيه الأرش ويستثنى في المقام ، ولعلّه ظاهر .

ما يسقط به الأرش والردّ

يسقط الأرش والردّ باُمور منها : علم البائع أو المشتري بالعيب في الثمن أو المثمن ، وذلك لتقييد الخيار بالجهل في جميع أدلّة الخيار كقوله (عليه السلام) ثم علم أو وجد به عيباً(١) وما يؤدّي هذا المعنى الظاهر في جهل المشتري بالعيب حال العقد ثم علم بالعيب فيه .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢ ، ٣ .

وربما يستدل على ذلك بمفهوم معتبرة زرارة « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً » الخ[١] والمستدل صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[٢] من جهة أنّ الإمام (عليه السلام) أخذ عدم البيان في موضوع الحكم بالخيار بمعنى أنّ التفصيل بين ما إذا أحدث فيه شيئاً وعدمه إنّما هو في صورة عدم البيان له وأنه حينئذ إن أحدث فيه شيئاً فلا يثبت له الخيار وإن لم يحدث فله الخيار، وأمّا في صورة البيان فلا خيار له أحدث فيه أم لم يحدث فيه شيئاً.

وتنظّر في ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث قال وفيه نظر[٣] ولم يبيّن وجه نظره، ويحتمل أن يكون وجه نظره أحد أُمور:

الأول: أنّ الرواية مطلقة من حيث العلم والجهل وإنّما دلّت على اعتبار خصوص عدم البيان في الحكم بالخيار، فيكون العلم به من ناحية البيان أعني العلم الخاص مانعاً عن الخيار بالتعبّد لا مطلق علمه بالعيب ولو من غير ناحية البيان كعلمه به من عند نفسه، فلا يكون العلم بالعيب من غير طريق البيان مانعاً عن الخيار لاطلاق الرواية، فلو كان وجه نظره الشريف هذا الوجه فله وجه وبه ترتفع المناقضة الظاهرة بين كلامه في المقام وما أفاده بعد سطرين أو أكثر حيث استدلّ بمفهوم هذه الرواية على أنّ التبرّي مسقط للخيار مع أنّ قوله ولم يتبرّأ إليه وقوله ولم يبيّن له مذكوران في الرواية على نسق واحد، فإن لم يكن لها دلالة على المفهوم من حيث عدم البيان فلا مفهوم لها من حيث عدم التبرّي أيضاً. وبالجملة كل ما صح في

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٢.

(٢) الجواهر ٢٣ : ٢٣٨.

(٣) المكاسب ٥ : ٣٢٠.

أحدهما صح في الآخر فلا وجه لصحة أحدهما دون الآخر فهل هذا إلّا تناقضاً نعم بناء على هذا الوجه ترتفع المناقضة فإنّ الرواية على هذا لها مفهوم من حيث التبرّي والبيان ولا مفهوم لها من حيث مطلق العلم والجهل .

إلّا أنّ هذا الوجه يدفعه أنه خلاف ظاهر الرواية ، فإنّ عدم البيان لا موضوعية له وإنّما يراد به عدم العلم ، لأنّ العلم يكون بالبيان لا محالة وإلّا فمن أين يحصل له العلم بالعيب في المال سيّما في العيوب الباطنة فإنّ علمها من طريق آخر غير البيان أمر غير محتمل .

الثاني : أن يكون الوجه فيما أفاده هو أنّ القضية الشرطية في المقام وهي قوله « أيّما رجل اشترى » الخ لا مفهوم لها ، فإنّها مسوقة لبيان تحقّق الموضوع فيكون مفهومها أيّما رجل لم يشتر شيئاً الخ وهو سالبة بانتفاء الموضوع ، وأمّا أنّه اشترى شيئاً آخر يعلم بعيبه فهو مطلب آخر نظير ما أفاده في الايراد على الاستدلال بمفهوم قوله تعالى : ﴿**إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ**﴾(١) حيث أفاد هناك بأنّ مفهومه إن لم يجئ الفاسق بالنبأ فهو سالبة بانتفاء الموضوع ، وأمّا مجيء شخص آخر بالخبر فهو أمر آخر ولا ربط له بالمفهوم .

ويرد على هذا الوجه أوّلاً : إيراد المناقضة لأنه (قدّس سرّه) قد استدلّ بمفهوم تلك المعتبرة على إسقاط التبرّي للخيار فكيف تم لها المفهوم في قوله « ولم يتبرّأ إليه » ولم يتم في قوله « ولم يبيّن له » مع أنّهما مذكوران على نسق واحد .

وثانياً : ما ذكرناه في محلّه من أنّ القضية الشرطية التي سيقت لبيان تحقّق الموضوع كقوله إن ركب الأمير فخذ ركابه التي لا مفهوم لها لكونها سالبة بانتفاء الموضوع إذا اشتملت على قيد آخر أو قيود كما إذا قيل في المثال إن ركب الأمير

---

(١) الحجرات ٤٩ : ٦ .

وكان اليوم جمعة فخذ ركابه فيثبت لها المفهوم من ناحية ذلك القيد والشرط الثاني وإن لم يكن له مفهوماً من ناحية الموضوع وهو الشرط الأول ، فإنّ مفهوم المثال أنه إذا ركب الأمير ولم يكن ركوبه يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه ، نعم مفهومها من جهة الشرط الأول سالبة بانتفاء الموضوع فإنه عبارة عن أنه إذا لم يركب الأمير ومعلوم أنه لا ركاب حينئذ حتى يؤخذ أو لا يؤخذ ، والجملة الشرطية في المقام كذلك لاشتمالها على قيود وشرائط أُخر ولها مفهوم لقوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له » الخ ، فهو وإن لم يكن له مفهوم من ناحية قوله « أيّما رجل اشترى » إلّا أنّ مفهومه من ناحية الشرطين الآخرين تامّ وهو أنه إذا اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولكنّه تبرّأ إليه أو بيّن له فلا خيار له ، فلا إشكال من هذه الجهة أيضاً لتعدّد الشرط في الحقيقة .

الوجه الثالث : أن يقال إنّ المفهوم في الرواية لا اعتبار به لأنه مفهوم الوصف والقيد وقد بيّنا في الأُصول أنّ مفهوم الوصف لا اعتبار به .

ويدفع هذا الوجه أيضاً أمران أحدهما : إيراد المناقضة فإنّ الوصف إذا لم يكن له مفهوم فليكن الحال كذلك في قوله « ولم يتبرّأ إليه » مع أنه قد تمسّك به بعد أسطر فإنه أيضاً من الأوصاف .

وثانيهما : أنّ الوصف لا مفهوم له من حيث هو وصف وهذا لا يمنع عن ثبوت المفهوم له في بعض الموارد من جهة قيام القرينة عليه ككونه في مقام التحديد وبيان ما يعتبر في موضوع الخيار ومن هنا قلنا بحجّية المفهوم في مثل قوله (عليه السلام)[1] كرّ من الماء بعد ما سأله الراوي عن الماء الذي لا يتنجّس بالملاقاة ثم قال : قلت وما

(١) راجع الوسائل ١ : ١٥٨ ، ١٦٧ / أبواب الماء المطلق ب ٩ ، ١١ .

الكرّ ؟ ففسّره بمائتنا رطل ، فمفهومه أنّ غير الكرّ يتنجّس بالملاقاة ، وفي مثل قوله[١] بريد في بريد في جواب سؤال الراوي بقوله في كم التقصير ؟ وغيرهما من الموارد والمقام من هذا القبيل .

وعليه فالصحيح ما أفاده صاحب الجواهر (قدّس سرّه) وإن قلنا إنّ الرواية ليست بصحيحة ولكنّها معتبرة ، والظاهر أنّ مراد شيخنا الأنصاري هو الوجه الأول لبعد عدم التفاته إلى المناقضة بهذا القرب .

ثم إنه إذا ثبت اعتبار الجهل بالعيب في ثبوت الخيار وكان المشتري عالماً بالعيب ولكنّه مع ذلك اشترط لنفسه الخيار على تقدير كونه معيباً من جهة احتمال البداء والندم في حقّه ، أو لأجل أن يشاور أصدقاءه أو أساتذته ويُرجعه على تقدير عدم رضاهم ، فلا مانع من هذا الاشتراط ويثبت له خيار الشرط بذلك ، وأمّا إذا أراد به خيار العيب الذي له أحكام خاصة فيفسد هذا الاشتراط لأنه على خلاف السنّة ، لأنّ الأخبار دلّت على عدم ثبوت خيار العيب في صورة العلم ، بل يمكن أن يقال بأنه على خلاف الكتاب لقوله تعالى : ﴿أَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾[٢] وقد أمر (صلّى الله عليه وآله) بعدم الخيار في صورة العلم فاشتراطه مخالفة له (صلّى الله عليه وآله) .

وصريح كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] أنّ هذا الشرط الفاسد يُفسد العقد أيضاً ، مع أنّ الظاهر أنه لا فرق بين هذا الشرط الفاسد وبقية الشروط الفاسدة ولا يلتزمون بالافساد فيها ، نعم يمكن أن نقول بافساد هذا الاشتراط بناءً على ما ذكرناه في خيار الرؤية من أنّ اشتراط الخيار أو جعل الشارع له يرجع إلى تحديد

---

(١) الوسائل ٨ : ٤٥١ / أبواب صلاة المسافر ب١ .

(٢) النساء ٤ : ٥٩ .

(٣) المكاسب ٥ : ٣٢٠ .

الملكية المنشأة وتقييدها بزمان الفسخ ، وعليه تكون الملكية التي أنشأها المتعاقدان بالشرط ملكية خاصة ومحدودة بزمان الفسخ ، والمفروض في المقام بطلان هذا الاشتراط وفساده ، ومعناه أنّ الشارع لم يمض الملكية الخاصّة المحدودة بزمان الفسخ ، وأمّا الملكية المطلقة فلم ينشئها المتعاقدان فيكون العقد فاسداً من جهة فساد الشرط ، وقد أشرنا في خيار الرؤية بالرجوع إلى ما علّقناه على نكاح العروة[١] في مسألة ما إذا اشترطا الخيار في عقد النكاح فإنه فاسد لعدم جواز الخيار في النكاح ، وذهب المشهور إلى أنه يفسد النكاح أيضاً ، وتنظّر فيه صاحب العروة وغيره من جهة أنهم لا يلتزمون بالافساد في الشروط الفاسدة ، وذكرنا نحن في وجه ذلك أنّ تقييد النكاح بالزمان كيوم ويومين واسبوع وشهر ثابت وسائغ في الشريعة المقدّسة وهو النكاح المنقطع إلّا أنّ تقييده بالزمانيات كنزول المطر أو مجيء فلان أو رضا شخص آخر غير سائغ لأنّ النكاح لا يشترط ولا يقيّد بها ، وقد مرّ أنّ مرجع اشتراط الخيار أو جعل الشارع للخيار إلى تقييد الملكية أو النكاح بالفسخ وهو من الزمانيات ، فمعنى اشتراط النكاح بالخيار ومرجعه إلى إنشاء النكاح الموقّت بزمان الفسخ ، والشارع لم يمض هذا النكاح المقيّد بالزماني فيفسد وأمّا النكاح الدائمي غير الموقّت فهو لم ينشئه المتعاقدان فيكون الاشتراط مفسداً للنكاح ، ولعلّه الوجه فيما ذهب إليه المشهور من بطلان النكاح حينئذ .

الثاني من المسقطات : تبرّي البائع أو المشتري من العيوب ، والأصل في ذلك أوّلاً : الاجماع كما استظهره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] وصرّح به غيره إلّا أنّ مثل هذا الاجماع لا يمكن الاعتماد عليه لما مرّ غير مرّة من أنّ الاجماع مع

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٣٨ المسألة [٣٨٥٥] .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٢٠ .

وجود دليل آخر في المسألة لا يكشف عن رأي الإمام (عليه السلام) ولا يكون إجماعاً تعبّدياً فالاجماع ساقط .

وثانياً : ما تقدّم سابقاً من أنّ مدرك خيار العيب هو الشرط الضمني الذي يقتضيه الاطلاق فإذا صرّح بالبراءة من العيوب فيرتفع الاطلاق المقتضي للشرط الضمني لا محالة فلا يثبت له الخيار عند ظهور العيب في المبيع ، وقد سقط في نسخ المكاسب(١) الألف حيث فيه « فقد ارتفع لاطلاق الخ » مع أنه الاطلاق أي يرتفع الاطلاق بالتصريح بالبراءة ، وهكذا كتبه السيد في حاشيته(٢) مع أنه لا معنى صحيح لقوله والأصل في الحكم بعد الاجماع إلى قوله لاطلاق صحيحة الخ بل الصحيح ما ذكرناه من سقوط الألف فتصير العبارة هكذا : والأصل في الحكم ـ إلى قوله ـ صحيحة زرارة ، وما قبله هو أنّ التصريح بالبراءة يرفع الاطلاق . وكيف كان فهذا الوجه إنما يتم فيما لو كان المعتمد في خيار العيب هو الشرط الضمني فقط ولكنّك عرفت أنّ المدرك فيه هو الاخبار .

وثالثاً : الأخبار كمعتبرة زرارة المتقدّمة فإنّها قد علّقت مضيّ العقد على إحداث الحدث ولكن في صورة عدم تبرّي البائع وعدم البيان ، ففي هاتين الصورتين لا يمضي عليه العقد إلّا أن يحدث فيه حدثاً ، وإن لم يحدث حينئذ فلا يمضي عليه العقد ويكون خيارياً كما هو مفهوم قوله « فأحدث فيه حدثاً » إلى قوله « يمضي عليه البيع » وأمّا في صورة تبرّي البائع أو البيان فالبيع ماضٍ عليه سواء أحدث فيه أم لم يحدث ، لأنّ تعليق المضي على إحداث الحدث في صورة عدم التبرّي وعدم البيان لا معهما ، وعليه فلا مانع من التمسّك بهذه الرواية في إثبات أنّ

---

(١) [لكنّه في المكاسب الطبعة الجديدة يوجد فيه الألف] .

(٢) لاحظ حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٧ من مبحث الخيارات .

التبرّي مسقط للخيار وموجب لمضي العقد والبيع وإن لم يحدث فيه شيئاً .

ثم إنّه لا فرق في التبرّي المسقط للخيار بين التبرّي على نحو التفصيل والتبرّي عن العيوب على نحو الاجمال لاطلاق الرواية ، فلا فرق بين أن يقول : بعتك هذا العبد وتبرّأت عن عيب كذا حتى يثبت له الخيار فيما إذا ظهر فيه عيب آخر غير العيب الذي تبرّأ إليه ، وبين أن يقول : بعتك هذا العبد مع ما فيه من العيوب المعلومة وغير المعلومة حتى يسقط خيار العيب من طرف جميع العيوب .

كما لا يفرق في ذلك بين التبرّي من العيوب الظاهرية كالعمى ونحوه والتبرّي من العيوب الباطنية كسوء الخلق وكونه سارقاً ونحوهما لاطلاق الأخبار .

وكذا لا فرق في ذلك بين التبرّي من العيوب الموجودة حال العقد والتبرّي من العيوب المتجدّدة بعد العقد قبل القبض أو في زمان خيار المشتري بخيار حيوان أو شرط .

وربما يستشكل في التبرّي من العيوب الموجوده حال العقد بوجه ، وفي التبرّي من العيوب المتجدّدة بعد العقد في زمان ضمان البائع بوجه آخر .

فأمّا الإشكال في التبرّي من العيوب المتجدّدة بعد العقد فهو ليس من ناحية الغرر ، لأنّ المدار في عدم الغرر في البيع على عدمه حال العقد والمفروض عدمه حينئذ ، وأمّا الغرر بعده فعلى تقدير تحقّقه لا يضرّ بالبيع ، إلّا أنّ الاشكال أنه حينئذ من إسقاط ما لم يجب ، فإنّ الخيار إنّما يثبت بعد حدوث العيب في المبيع وهو بعد لم يحدث فيه فكيف يسقطه مع عدم ثبوته ، وإسقاط ما لم يجب غير صحيح أو غير معقول .

والجواب عن ذلك : ما تقدّم في خيار الرؤية وغيرها من أنّ إسقاط ما لم يجب لا استحالة فيه عقلاً ، وإنّما لا يجوز شرعاً للاجماع أو لمخالفته لما بنى عليه العقلاء في بعض الموارد ، والاجماع إنما تحقّق على بطلان إسقاط ما لم يجب فيما إذا أسقطه قبل

تحقّق العقد ، وما هو موضوع الخيار بل هو على خلاف ما عليه العقلاء ، وأمّا بعد تحقّق العقد الذي هو موضوع الخيار لأنه فسخ العقد فلا بأس باسقاط الخيار على تقدير تحقّق العيب بعد ذلك بعد ما كان الانشاء مبرزاً للاعتبار النفساني ، والاعتبار كما يتعلّق بالأمر الحالي يتعلّق بالأمر الاستقبالي فمن الآن يعتبر سقوط خياره الثابت في ظرفه ، نعم لا يمكن إسقاطه فعلاً لعدم ثبوته بالفعل .

وأمّا الاشكال في التبرّي من العيوب الموجودة حال العقد فهو من جهة أنه يستلزم الغرر وإن لم يكن من إسقاط ما لم يجب ، لأنه مع تبرّي البائع عن العيب يقدّم على ما فيه الخطر وهو ممنوع باطل في الشريعة المقدّسة .

والجواب عن ذلك : أنّ الأخبار إذا قلنا بدلالتها على صحة البيع مع التبرّي وسقوط الخيار به وقلنا إنّها مطلقة من حيث استلزامه الغرر في المعاملة وعدمه بمعنى أنها دلّت على صحّة البيع مع التبرّي حتى فيما كانت المعاملة غررية فلا محيص من الالتزام بأنّها تخصص الدليل الدالّ على بطلان البيع الغرري ، لأنّ بطلانه ليس من جهة الاستحالة العقلية حتى لا يقبل التخصيص ، بل يكون إنكاره من الاجتهاد في مقابلة النص الصريح .

وأمّا إذا قلنا بأنّ الأخبار تدلّ على صحة البيع مع التبرّي عن العيوب في المعاملة المحكومة بالصحة في حدّ نفسها من تمام الجهات والشرائط ولا نظر لها إلى إثبات الصحة حتى في المعاملة الفاقدة لبعض الشروط ، ومن هنا لم يصح التمسك بها لاثبات صحة العقد الصادر من الصبي بدعوى أنّها مطلقة وتقتضي صحة البيع مع التبري مطلقاً فالمعاملة الغررية الفاقدة لشرطها خارجة عن الأخبار .

فحينئذ فلابدّ من التفصيل في المقام وأن يقال إن كان ارتفاع الغرر مستنداً إلى التزام البائع بصحة المبيع والخيار عند ظهور عيب فيه ومن أجله أقدم على البيع إذ لا خطر فيه حينئذ حيث إنه إذا ظهر معيباً يردّه إلى مالكه ، فلا محيص من الالتزام

بفساد المعاملة بالتبرّي من العيوب حينئذ لأنه غرري وإقدام على ما فيه الخطر لعدم التزام البائع بصحة المبيع ، وأمّا إذا اعتمدنا في رفع الغرر إلى أخبار خارجي واطمئنان بعدم العيب في المبيع فلا مانع من صحة البيع وعدم غرريته ولو مع تبرّي البائع عن عيوبه ، لأنّا بعد على اطمئنان من صحة المبيع ولا إقدام على الخطر ، وكيف كان فالصحيح هو التفصيل كما عرفت .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من الفرق بين التبرّي من فقد وصف الصحة وعدم الالتزام به وبين عدم الالتزام بسائر الأوصاف الكمالية وأنّ التبرّي من فقد الأوصاف الكمالية يوجب الغرر وبطلان المعاملة ، وأمّا التبرّي من العيب وانتفاء وصف الصحة فلا يوجب الغرر لمكان الاعتماد على أصالة السلامة وهو يرفع الغرر ، ففيه ما تقدّم من أنّ أصالة السلامة لم يعلم لها أصل وأنّها من أي الأُصول أوّلاً . وثانياً : على تقدير أصالتها لا يمكن الاعتماد عليها في رفع الغرر الذي هو بمعنى احتمال الخطر وجداناً ، لأنّا بعدُ نحتمل الخطر بالوجدان ولم يرتفع بالأصل كما تقدّم في أوائل بحث هذا الخيار ، فالصحيح ما ذكرناه من التفصيل .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذكر أنّ البراءة في المقام يحتمل إضافتها إلى أُمور ثلاثة :

الأول : أن تضاف إلى عهدة البائع سلامة المبيع ، وذكر أنّ مرجع ذلك إلى عدم التزامه السلامة ، فلا يترتّب على ظهور العيب ردّ ولا أرش وكأنّه باعه على كل تقدير كان صحيحاً أم عيباً .

الثاني : أن تضاف إلى ضمان العيب ومعناه التبرّي عن المال الذي هو قيمة العيب لأنه معنى ضمان العيب ، فيسقط بذلك الأرش فقط على تقدير كون المبيع معيباً

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٢٢ .

دون الردّ لأنه لم يتبرّأ عن الخيار.

الثالث: إضافة البراءة إلى حكم العيب أي الخيار المترتّب على العيب. والفرق بين هذا وبين الأمر الأول أنّ البراءة في الأول اُضيفت إلى نفس العيب وفي المقام اُضيفت إلى حكمه فيسقط به الرد والأرش، وقد نسبه إلى التذكرة وذكر أنّ الأظهر عند العرف هو الأول، والأنسب إلى معنى البراءة هو الثاني، هذا.

ولا يخفى أنّه لا فرق بين الثالث والأول إلّا في مجرد اللفظ ومعناهما واحد وهو التبرّي عن الخيار، وأمّا ما رتّبه على الوجه الأول من أنه كأنّه باعه على كل تقدير فهو لا يختص به ويجري في جميع الاحتمالات الثلاثة، فإنه لو باعه على تقدير دون تقدير فيكون من المعلّق الباطل، فالبيع على كل تقدير يجري في جميعها، وقد ذكرنا أنه لا معنى معقول لاشتراط وصف الصحة أو الالتزام بها إلّا جعل الخيار للمشتري فيما إذا لم يتبرّأ البائع، فمعنى التبرّي عدم جعل الخيار للمشتري على تقدير ظهور العيب في المبيع بلا فرق في ذلك بين الوجه الأول والثالث، لما مرّ من أنّ الالتزام المعاملي في جميع الاحتمالات الثلاثة منجّز وثابت على كل تقدير، والفرق بين الوجهين إنما هو في اللفظ وفي إضافة البراءة إلى نفس العيب أو إلى حكمه.

وعليه فالأمر في الحقيقة يدور بين الاحتمالين وهما الاحتمال الأول والثاني الذي مرجعه إلى إسقاط الأرش فقط كما إذا صرّح بخصوص إسقاطه، وهذا وإن لم يرد فيه نصّ خاص فإنّ ما ورد من جواز التبرّي للبائع ظاهره التبرّي المطلق دون التبرّي من خصوص مال العيب وأرشه، إلّا أنه يكفي في جوازه ما علمناه من الخارج من أنّ الأرش غرامة وإنما ثبت بمطالبة المشتري لا أنه يشتغل ذمّته أي البائع بها من الابتداء، فإنّ معنى ذلك أنّ الأرش حق للمشتري له أن يطالب به البائع لا أنه واجب عليه، فإذا ثبت أنّ الأرش حق فيثبت جواز إسقاطه حين العقد لأنّا ذكرنا أنه لا فرق بين الحق والحكم إلّا في مجرد جواز الاسقاط وعدمه وإلّا

فكلاهما من الأحكام ، فلا يرد على الوجه الثاني إلّا كونه من اسقاط ما لم يجب وقد عرفت جوابه . والمتحصّل أنّ الأمر يدور بين الاحتمالين وهما الأول والثاني ولا ثالث في البين .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) ذكر أنّ تبرّي البائع عن العيوب إنّما يوجب سقوط خصوص الخيار دون سائر أحكامه ، وقد ذكر السيد (قدّس سرّه) في حاشيته(٢) في تفسير هذا الكلام أمراً آخر يغاير المعنى المستفاد من ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهو أيضاً معترف بأنّ ما ذكره على خلاف ظهور كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) كما أنه على خلاف ظواهر سائر الكلمات ، ولكنّه ذكر أنّ مرادهم هو ما ذكره وإن كانت عباراتهم غير وافية ببيانه وإنما استفاده من تعليل الشهيد (قدّس سرّه)(٣) في قوله : ويحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار ، كما سيتّضح وجهه إن شاء الله تعالى .

وعليه لابدّ من التكلّم في مقامين : **أحدهما** ما ذكره السيد (قدّس سرّه) من أنه إذا تبرّأ البائع من العيب وسقط به خياره فهل يسقط به جميع أحكامه من ضمان البائع للمبيع فيما إذا تلف في زمان الخيار الشأني أي الذي لو لم يتبرّأ منه البائع لثبت أو أنّ الساقط بالتبرّي إنّما هو خصوص الخيار ردّاً وأرشاً دون مثل الضمان فيما إذا تلف المبيع في زمانه مستنداً إلى العيب الذي تبرّأ إليه منه ، فإن كان هذا مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) كما نسبه إليه السيد (قدّس سرّه) مع الاعتراف بكونه خلاف ظاهر عبارته من جهة تعليل الشهيد (قدّس سرّه) بقوله : ويحتمل الضمان لبقاء علاقة

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٢٤ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٧ من مبحث الخيارات .

(٣) الدروس ٣ : ٢٨٣ [لكنّ فيه : لبقاء علّة الخيار] .

الخيار ، بمعنى أنّ الخيار وإن سقط بالتبرّي إلّا أنّ علقته باقية وهي تقتضي الضمان لقاعدة كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له .

فالتحقيق خلاف ما أفاده (قدّس سرّه) **أمّا أوّلاً** : فلأنّ ظواهر الأدلّة التي استفيد منها كون تلف المبيع في زمن الخيار ممّن لا خيار له هي الخيار الفعلي دون الخيار الشأني كما في المقام ، وأنّ التلف في زمان الخيار الفعلي ممّن لا خيار له لا في زمان الخيار الشأني ، ومن هنا لا يلتزم بذلك فقيه في غير خيار العيب من الخيارات كخيار المجلس فيما إذا أسقطاه ثم تلف المبيع بدعوى أنه تلف في زمان الخيار الشأني أي لو لم يسقطاه لثبت ، وهذا ظاهر .

وأمّا ثانياً : فلأنّ ذلك لو تم وسلّمنا أنّ التلف في زمان الخيار الشأني ممّن لا خيار له للزم منه الحكم بكون التلف من مال من لا خيار له إلى الأبد وإلى يوم القيامة ، لتحقّق الخيار الشأني في جميع الأزمنة ، لأنه لو لم يسقطه أو لم يتصرّف فيه أو لم يعلم بالعيب لثبت إلى الأبد ، فيكون البائع ضامناً للمبيع فيما إذا استند تلفه إلى العيب الذي تبرّأ منه إلى يوم القيامة وهذا ممّا لا يتفوّه به فقيه فضلاً من إسناده إلى جميعهم وجعل المخالف هو الشهيد فقط .

وأمّا ثالثاً : فلأنّ التلف ممّن لا خيار له إذا كان في زمان الخيار يختص عند شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بخصوص خيار الحيوان والشرط لورود النص فيهما وخيار المجلس إلحاقاً له بهما ، ولا يجري في غيرها من الخيارات كخيار العيب ونحوه حتى فيما إذا كان فعلياً فضلاً عمّا إذا كان شأنياً ، فما أفاده (قدّس سرّه) ونسبه إلى الأصحاب ممّا لا معنى محصّل له أبداً .

وثاني المقامين وهو الذي يوافقه ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وصريح بعض الكلمات : هو أنه إذا تبرّأ البائع من العيب وبه سقط ذلك الخيار إلّا أنه كان للمشتري خيار آخر كخيار الحيوان ونحوه وقد تلف في الثلاثة من جهة العيب

الذي تبرّأ منه البائع ، فهل يكون التبرّي من العيب موجباً لعدم ضمان البائع تلف المبيع في زمان الخيار بدعوى أنه تبرّأ منه ، أو أنّ التبرّي لا يوجب إلّا سقوط الخيار لا غيره من الأحكام ، والتلف من مال البائع في زمان الخيار من قبيل الأحكام لا الحقوق ، ولا يرتفع بالتبرّي لعدم ربط به ، وإطلاق أدلّة الضمان فيما إذا تلف في زمان الخيار فلا يرتفع الضمان حتّى فيما لو صرّح بأنه تبرّأ من العيب وأسقطه بحيث لا يضمنه لو تلف المبيع في زمان الخيار كي لا يرد إشكال القصور في مقام الاثبات وذلك لأنه لم يدل دليل على ارتفاع الضمان بالتبرّي حتى يلحقه بالحقوق لما تقدم من أنه لا فرق بين الحق والحكم إلّا في أنّ الحق يقبل السقوط والمفروض أنه لم يدل دليل على أنّ التبرّي يرفع الضمان .

ثم إنّ الشهيد (قدّس سرّه)(١) صرّح بأنه لو تبرّأ البائع من عيب فتلف به في زمان خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع ، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده وتلف في زمان خيار المشتري ، ويحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضي لضمان العين معه ، وظاهره أنّ إسقاط الخيار بالتبرّي أو بعلم المشتري بالعيب قبل العقد أو برضاه به بعده تشترك في رفع ضمان البائع عند تلف المبيع في زمان الخيار وقد عرفت أنّ التحقيق خلافه ، بل الظاهر ضمان البائع به لاطلاق أدلّة الضمان وعدم ربط له بخيار العيب وعدمه .

ثم إنّ ما علّل به احتمال ضمان البائع من بقاء علقة الخيار ممّا لا يرجع إلى محصّل ولم نفهم مراده (قدّس سرّه) .

ثم ذكر (قدّس سرّه) أنه أقوى إشكالاً من الأول ما إذا استند تلف المبيع في زمان الخيار إلى العيب الذي تبرّأ منه وإلى العيب الآخر الذي لم يتبرّأ منه ، والوجه

---

(١) الدروس ٣ : ٢٨٣ [لكنّ فيه : لضمان العين معيبة] .

في كونه أقوى إشكالاً هو أنّا إذا قلنا بارتفاع الضمان بالتبرّي من العيب فلا يسقط به الضمان في المقام لوجود عيب آخر لم يتبرّأ منه مع استناد التلف إليه ، هذا .

والصحيح أنه لا فرق بين هذه الصورة والصورة المتقدّمة في أنّ التبرّي لا يرفع الضمان كان هناك عيب آخر أم لم يكن استند إليه التلف أم لم يستند .

ومن جملة الموارد التي قيل بسقوط الردّ والأرش فيها : ما إذا زال العيب عن المبيع قبل العلم به ، فإنّهم ذكروا أنّ زواله قبل العلم به موجب لسقوط كل من الردّ والأرش ، بل صريح بعضهم أو ظاهره سقوطه فيما إذا زال بعد العلم به قبل الردّ على ما حكاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ثم تعرّض لما أسّسه الشافعي من أنّ الزائل العائد كأنه لم يزل أو كأنه لم يعد ، وذكر أنه لم يرد في دليل ولا يمكن الأخذ به على نحو الكلّية ، بل لابدّ من اتّباع الدليل في كل مورد ، ولا يعتمد على ما ذكره الشافعي لأنه محض الاستحسان في العبارة .

ثم فصّل (قدّس سرّه) بين الردّ والأرش وأفاد أنّ زوال العيب قبل الردّ إنّما يمنع عن الردّ فقط ، لأنّ موضوعه على ما دلّت عليه الروايات هو المبيع المعيب فإذا فرضنا ارتفاع عيبه فلا يبقى لردّ المعيب موضوع ، ومن هنا لا يمكن استصحابه لارتفاع موضوعه ولا أقل من الشك في بقائه ، فإذا لم تشمل الروايات ما إذا زال عيبه قبل الردّ ولم يمكن استصحابه فتشمله أدلّة اللزوم وبها يحكم بعدم الخيار في الردّ ، وأمّا الأرش فهو لا يسقط بزوال العيب قبل الردّ لأنّ موضوعه وقوع العقد على المعيب سواء ارتفع العيب بعد ذلك أم لم يرتفع ، فله المطالبة بالأرش لوقوع العقد على أمر معيب وسقوطه بعد ثبوته يحتاج إلى دليل ، هذا .

ولا يخفى يمكن أن يقال بعدم الفرق بين الردّ والأرش في السقوط والثبوت

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٢٤ .

لأنّا إذا بنينا على أنّ وصف الصحة يقابل بالمال عند وقوع العقد على المبيع ، وقلنا بأنّ الأرش على طبق القاعدة فما أفاده وإن كان تامّاً على هذا القول وللمشتري المطالبة بما يقابل وصف الصحة لعدم وصولها إليه ويسقط الردّ لعدم بقاء العيب حين الردّ، إلّا أنّ لازم ذلك كما تقدّم اشتغال ذمّة البائع بالأرش من حين البيع لا من حين المطالبة وهو ممّا لا يلتزم به هو (قدّس سرّه) ولا ينبغي الالتزام به أيضاً ، فلا محيص من أن يكون الأرش على خلاف القاعدة وثابتاً بالأخبار على وجه التعبّد ، وعليه فلا يفرق بين الردّ والأرش ، لأنّ كلاهما ثبت بالتعبّد وكما أنّ موضوع الردّ هو المعيب كذلك موضوع الآخر .

وبعبارة اُخرى : في الموضوع الواحد وهو المبيع المعيب حكم بالردّ على تقدير عدم إحداث شيء فيه وبالأرش في ذلك الموضوع على تقدير إحداثه ، فإذا ارتفع العيب وزال فلا يبقى موضوع لشيء من الردّ والأرش ، إذ لا مبيع معيوب .

ومن هنا ذهب السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] إلى عدم الفرق بين الرد والأرش وحكم بسقوطهما بدعوى أنّ موضوعهما المبيع المعيب حسبما يستفاد من الأخبار وبعد زوال العيب لا يبقى موضوع لهما ، هذا .

ويمكن أن يقال أوّلاً : بالتفصيل على عكس تفصيل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأن نلتزم بسقوط الأرش دون الردّ ، وذلك لأنّ الأرش كما عرفت ثبت بالتعبّد وموضوعه المعيب ، وبعد زوال العيب لا يبقى له موضوع فيسقط لا محالة وأمّا الردّ فلا لما مرّ وعرفت من أنّ الردّ ثبت بالاشتراط الضمني الارتكازي عند العقلاء ولذا كنّا نلتزم به وإن لم يرد فيه نصّ أيضاً ، ولم يثبت الردّ بالأخبار حتى يرتفع بزوال العيب ، ومن الظاهر أنّ الردّ يثبت بمجرد كون المبيع فاقداً لوصف

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٨ من مبحث الخيارات .

الصحة حال البيع لتخلّف الشرط الضمني وسقوطه بعد الزوال لا دليل عليه، فنلتزم بالردّ دون الأرش، كما نلتزم بذلك في كل خيار يثبت بالاشتراط الضمني أو بغير الضمني كما إذا اشترط الكتابة في العبد ولكنّه لم يكن متّصفاً بالكتابة حين المعاملة وتعلّمها عند المشتري، لأنّا نلتزم في مثله بالخيار بين الردّ والامضاء لتخلّف الشرط الصريح.

وثانياً: يمكن أن يقال بثبوت كل من الرد والأرش وعدم سقوطهما بزوال العيب قبل الردّ، وذلك لأنّ أكثر الأخبار وإن دلّت على ثبوتهما في المبيع المعيب إلّا أنه لا مفهوم لها حتى تنفي الردّ والأرش في غير المبيع المعيب بل هي ساكتة عن غيره، وعليه فيكفينا في الالتزام بهما رواية زرارة التي عبّر عنها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بالصحيحة، لأنّها دلّت على أنّ إحداث الحدث علّة منحصرة في لزوم المعاملة عند فرض عدم البيان وعدم التبرّي ووقوع الشراء على ما به عيب وعوار في الواقع، فإذا كان المبيع معيباً في الواقع ولم يبيّن له ولم يتبرّأ إليه فله الخيار إن لم يحدث فيه حدثاً، وليس له الخيار ويمضي عليه البيع إن أحدث فيه ذلك، فإذا لم يحدث فيه حدثاً فله الردّ والأرش لاطلاق الرواية لأنها جعلت الاحداث علّة منحصرة في اللزوم، فإن تحقّق تحقّق اللزوم وإلّا فلا، والمفروض عدمه فلا لزوم في العقد وله الردّ كما أنّ له الأرش، ولم يقيّد جواز المعاملة بصورة عدم ارتفاع العيب بل قيده بصورة عدم إحداث الحدث فقط، وفي غيرها لا لزوم زال العيب أم لم يزل وكذلك نقول في الأرش، وهذه الرواية تكفي في الحكم بثبوت الأرش والردّ ولا يعارضها سائر الأخبار الدالّة على الخيار في المبيع المعيب، إذ لا مفهوم لها حتى تنفيه عن غيره وتعارض مع هذه الرواية، فإذن فالزائل العائد كأنه لم يعد فيحكم بكل من الردّ والأرش كما إذا لم يزل العيب أصلاً.

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] ذكر من الموارد التي يكون التصرف فيها مسقطاً للردّ والأرش ما إذا تصرّف في المعيب بعد العلم بالعيب، وقد نقل عن ابن حمزة في الوسيلة[2] أنه يرى التصرف حينئذ موجباً لسقوط كل من الرد والأرش. أمّا الردّ فلما مرّ من أن التصرف وإحداث الحدث مانع عن الردّ. وأمّا الأرش فلعدم الدليل عليه فيما إذا تصرّف في المعيب بعد العلم بعيبه.

والكلام في ذلك يقع من جهتين: الجهة الأُولى: في أنّ التصرف بعد العلم بالعيب هل يمنع عن ثبوت الأرش حينئذ أو لا مانع عن الأرش حينذاك. الجهة الثانية: في أنّ الدليل هل يشمل صورة التصرف في المبيع مع العلم بالعيب ويقتضي ثبوت الأرش في هذه الصورة أيضاً أو أنه لا مقتضي للأرش فيها.

أمّا الكلام في الجهة الأُولى: فإن قلنا بأنّ التصرّف مسقط تعبّدي لاستفادته من بعض أخبار خيار الحيوان كقوله (عليه السلام) «أرأيت إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما لا يجوز النظر إليه» الخ[3] فلا محيص حينئذ من الاقتصار على مقدار التعبّد شرعاً، والمقدار الذي تعبّدنا الشارع بكون التصرف مسقطاً هو الردّ فقط، وأمّا الأرش فلا لأنه لم يرد رواية تدلّ على التعبّد في سقوط الأرش بالتصرف، فإذن لا يكون التصرف مانعاً عن ثبوت الأرش بعد التصرف فيما إذا تصرّف مع العلم بالعيب.

وأمّا إذا قلنا بأنّ التصرف مسقط من أجل أنه كاشف عن الاسقاط لا من أجل التصرف فحينئذ يتمحّض النزاع في الصغرى فقط أي يقع الكلام في أنّ

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٢٦.

(٢) الوسيلة : ٢٥٧.

(٣) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ٣ (مع اختلاف يسير).

التصرف في المبيع بعد العلم بالعيب كاشف عن الرضا بالمبيع فقط دون العيب ، فله المطالبة بالأرش لأنه إنما أسقط الردّ لا الأرش ، أو أنه كاشف عن الرضا بالمبيع وبالعيب وكأنه أقدم على شراء المعيب مع العلم بالعيب فيسقط به الردّ والأرش معاً وكيف كان فيكون البحث صغروياً محضاً وأنه أراد إسقاطهما أو إسقاط أحدهما ، ولا مجال للبحث الكبروي في أنّ التصرف مسقط أو لا ، إذ المفروض أنّا بنينا على أنه مسقط لأجل الكشف عن رضا المتصرف ، ولا فرق في الاسقاط والتجاوز عن الحق بين اللفظي منه والفعلي ، لأنّ المشتري غير ملزم بمطالبة الأرش وإنّما هو جائز في حقّه وحق ثابت له وله أن يطالب به وله أن يتجاوز عنه ، فإذن لا يبقى مجال للبحث الكبروي ، ولابدّ من تشخيص أنّ المتصرّف ماذا أراد بتصرّفه فهل أراد إسقاط الردّ أو هو مع الأرش .

وأمّا الجهة الثانية : فإن بنينا على أنّ الأرش كالردّ يثبت من الابتداء أي من حين تحقّق العقد وأنه يولد أمرين أحدهما الردّ والثاني الأرش ، فحينئذ يكون الأرش ثابتاً في حقه من الابتداء قبل التصرف وبعده مع العلم أو بدونه ، فلا يختص بما إذا تصرف فيه مع الجهل بالعيب ، وأمّا إذا قلنا بأنّ الأرش يثبت بعد التصرف الذي يمنع عن الردّ لا من الابتداء فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الأرش لا يختص بصورة التصرف قبل العلم بالعيب بل الأخبار تدل على أنّ الأرش يعم التصرف قبل العلم بالعيب وما بعده ، ثم أمر بالمراجعة إلى الأخبار بقوله فليراجع .

ونحن قد راجعنا الروايات ولم نجد منها ما يدلّ على عمومية الأرش وثبوته مع التصرف بعد العلم بالعيب إلّا روايتين : إحداهما رواية ميسر عن أبي عبدالله

(١) المكاسب ٥ : ٣٢٦.

(عليه السلام) « قال كان علي (عليه السلام) لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب » الخ[١] وثانيتهما رواية عبدالملك عن أبي عبدالله « قال لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها وله أرش العيب »[٢] وهاتان الروايتان مطلقتان في ثبوت الأرش بالتصرف كان مع العلم بالعيب أم بلا علمه ، وليس فيهما تقييد الأرش بما إذا تصرّف فيه مع الجهل بالعيب ثم علم به ، وهذا بخلاف سائر الأخبار لأنها مشتملة على التقييد بالجهل بقوله (عليه السلام) « ثم علم بذلك العيب »[٣] أو « ثم وجد فيها عيباً »[٤] وهكذا .

إلّا أنّ هاتين الروايتين لضعف سنديهما قاصرتان عن إثبات الأرش مطلقاً حتى مع التصرف بعد العلم بالعيب ، وليس في غيرهما من الأخبار دلالة على ثبوته مطلقاً ، نعم لا مفهوم لغيرهما في نفي الأرش مع التصرف بعد العلم حتى يتعارضان إلّا أنهما في نفسهما قاصرتان لضعف السند ، هذا أوّلاً .

وثانياً : لو سلّمنا أنّهما معتبرتان بحسب السند فلا يمكن الاعتماد عليهما أيضاً لأنّ غيرهما من الأخبار وإن لم يكن لها مفهوم حتى يعارضهما إلّا أنّ بينها رواية واحدة ذات مفهوم وهي صحيحة حمّاد عن علي بن الحسين (عليه السلام) وهي لصحتها وقوّتها تتقدّم على الروايتين بعد المعارضة ، والوجه في مفهومها هو أنه (عليه السلام) « قال كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطئها ثم ظهر على

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٤ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٥ / أبواب أحكام العيوب ب ٥ ح ٣ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب ١٦ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

(٤) الوسائل ١٨ : ١٠٢ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٢ .

عيب ، أنّ البيع لازم وله أرش العيب »[١] حيث رتّبت الأرش فيما إذا وطئها ثم علم بالعيب ، وحيث إنّها شرطية فمفهومها أنه إذا لم يتأخّر العلم بالعيب عن الوطء بل كان متقدّماً عليه فلا أرش ، ولأجل صحتها تتقدّم على الروايتين ، وحينئذ فيثبت بذلك ما ذهب إليه ابن حمزة من سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب .

ومن جملة الأُمور التي عدّوها من المسقطات للردّ والأرش : التصرف في المبيع المعيب ولكن العيب لم يكن ممّا يوجب نقصاً في قيمة المبيع كالبغل الخصي أو العبد كذلك ، فإنّ البغل لا نسل له فلا يفرّق فيه بين الخصي وغيره ، وليس هو كالفرس المطلوب فيه الولد حتى يكون الخصاء فيه عيباً ، وكذلك العبد لأنّ الخصي منه ممّا يطلبه جماعة من العقلاء ويرغبون فيه فلا تنقص قيمته ، وفي مثله إذا تصرّف فيه بعد العلم به يسقط الردّ لا محالة ، لما تقدّم من أنّ التصرّف مسقط للردّ كما يسقط الأرش إذ لا فرق بين قيمتي الصحيح والمعيب ، هذا .

ولا يخفى أنّ الأنسب بكتاب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وبه أن لا يعدّ التصرّف من جملة الأُمور المسقطة للردّ والأرش ، لأنّ الفرض أنه يسقط الردّ فقط وأمّا الأرش فهو لا يسقط من جهة التصرف بل من جهة عدم الفرق بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة ، **هذا أوّلاً** .

وثانياً : أنّ الكلام فيما ثبت فيه الأرش والردّ ولكن نتكلّم في أنّهما يسقطان بأي شيء ، وقد تقدّم أنّ العيب الذي لا ينقص القيمة لا يثبت به الأرش أصلاً ، أمّا بحسب الأخبار فلانصرافها إلى عيب يوجب تفاوتاً في قيمة المبيع ولا تشمل ما لا فرق بين صحيحه ومعيبه ، لأنّ العيب لا يصدق عليه ، إذ المراد به ليس مجرد النقص عن الخلقة الأصلية وإلّا لكان الختان من جملة العيوب الموجبة للأرش ، بل المراد به

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٤ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٧ .

هو ما يوجب نقص قيمة المال . وأمّا بحسب بناء العقلاء فلما عرفت من أنهم لا يعدّون مجرد النقص عن الخلقة الأوّلية عيباً ، وعليه فلا أرش في المقام حتى يسقط بالتصرف أو بشيء آخر .

وثالثاً : أنّ التصرف على إطلاقه لا دليل على إسقاطه الخيار إلّا فيما ثبت فيه نص كالجماع أو قصد به الاسقاط ، وأمّا في غيرهما فلا ، وما ثبت في بعض الخيارات من سقوطه بالتقبيل واللمس ونحوهما قد عرفت أنه مختص بمورده من باب التعبّد .

وبالجملة : أنّهم عدّوا من جملة المسقطات لكل من الردّ والأرش التصرف في المبيع المعيب الذي لا يتفاوت قيمته السوقية بالعيب وصحيحه ومعيبه على حدّ سواء ، فيكون الأرش ساقطاً لعدم التفاوت بين صحيحه ومعيبه ، وكذا الردّ لأنّ التصرف في المبيع المعيب يسقط الخيار ، وأُورد عليه بأنّ هذا يوجب ضرر المشتري لعدم تمكّنه من الردّ ولا الأرش وصبره على المعيب ضرر ، وردّ بأنّ الضرر المالي منتفٍ على الفرض إذ لا تفاوت بين صحيحه ومعيبه بحسب القيمة ، وتخلّف الغرض الشخصي لا يوجب الضرر (لأنّ الضرر هو النقص في المال أو النفس أو العرض) .

وتفصيل الكلام في هذا المقام أن يقال : العيب غير الموجب للنقص بحسب القيمة كالخصاء في العبد والديك ونحوهما إمّا أن نمنع عن صدق العيب عليه كما منعناه ، لأنّ الوصف غير الدخيل في مالية المال لا يكون مقصوداً للعقلاء ولا يشترطونه ارتكازاً ولا يرون تخلّفه من تخلّف الشرط الضمني فلا يثبت به الخيار وقد عرفت أنّ الخيار في العيب على القاعدة ومن أجل تخلّف الشرط وإن كان الأرش ثابتاً من جهة الأخبار ، وإمّا أن نقول بصدق العيب على مثله .

وعلى الأول لا خيار للمشتري لا قبل التصرف ولا بعده إذ لا عيب ، وقد مرّ أنّ ذلك من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، فلا مقتضي للخيار حتى يسقط بالتصرف وهذا ظاهر .

وأمّا على الثاني فهو وإن كان مقتضياً للخيار كما يقتضيه التكلّم في المسقط بعد الفراغ عن ثبوت الخيار في المقام، إلّا أنّا ذكرنا أنّ التصرف ليس مسقطاً تعبّدياً وإنّما يوجب السقوط فيما إذا قصد به الاسقاط وكان مشعراً برضاه بالسقوط، فإن كان التصرف من هذا القبيل فلا محالة يسقط به الخيار إلّا أنه غير موجب لضرر المشتري لأنه بنفسه يسقط خياره بالاسقاط الفعلي كما هو المفروض، وأمّا إذا لم يكن التصرف مشعراً بالرضا ولم يدلّ على الاسقاط فلا دليل على سقوط الخيار حتى يدّعى أنه يوجب الضرر على المشتري.

وممّا ذكرناه يظهر أنّا إذا منعنا عن صدق العيب على مثل الخصاء ولكنّا علمنا خارجاً أنّ المشتري يشترط عدمه في المبيع وأنّ غرضه متعلّق بالعبد المتّصف بجميع الأوصاف الخلقية فلا محيص من الالتزام بالخيار حينئذ أيضاً، إلّا أنه ليس بخيار العيب وإنّما هو خيار تخلّف الشرط وهذا الخيار لا يسقط إلّا باسقاطه قولاً أو فعلاً، فإن كان التصرف كاشفاً عن رضاه بالعيب وإسقاطه الخيار فهو وإلّا فلا يكون التصرف موجباً للسقوط حتى يدّعى أنّ المشتري يتضرّر بذلك.

ومن جملة الموارد التي قالوا فيها بعدم الردّ والأرش: ما إذا كان المبيع معيباً بالعيب السابق، أي ما لا يوجب تفاوتاً في قيمة المال صحيحاً ولا معيباً ولكن حدث فيه حدث عند المشتري كالعبد الخصي إذا صار أعمى عند المشتري أو كسر رجله، فلا أرش حينئذ لعدم تفاوت قيمة العبد بالخصاء ولا ردّ لأنّ إحداث الحدث مانع عن الردّ بالعيب السابق، وقد اعترف شيخنا الأنصاري[1] بلزوم الضرر على المشتري في هذه المسألة، لأنّ صبره على المعيب من دون ردّه ولا الأرش يوجب الضرر لا محالة، هذا.

---

(١) المكاسب ٥: ٣٢٧.

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه في المسألة المتقدّمة يأتي في المقام بتفاوت يسير، لأنّا إن منعنا عن صدق العيب على مثل الخصاء كما هو الحقّ وقد مرّ فلا خيار للمشتري حتى يسقط بحدوث الحدث ولا ضرر مالي عليه لعدم تفاوت قيمة العبد بالخصاء وتخلّف الأغراض الشخصية لا يعدّ ضرراً كما تقدّم. وإن بنينا على أنه عيب فهو وإن كان يوجب الخيار في المقام إلّا أنّا لا نلتزم بسقوطه بحدوث الحدث في خصوص المقام، لأنّ العمدة في مانعية حدوث الحدث روايتان[1] إحداهما: رواية زرارة وفيها حكم الإمام (عليه السلام) بأنّه إذا أحدث حدثاً في المعيب يترتّب عليه أمران مضيّ العقد عليه وثبوت الأرش له. وثانيتهما: مرسلة جميل وفيها أنّ العين إذا لم تبق بعينها تلزم المعاملة ويثبت الأرش، وكلتاهما تدلّان على أنّ إحداث الحدث إنّما يمنع عن الخيار في مورد قابل لثبوت الأرش، لأنّ المترتّب على إحداث الحدث أمران: مضي البيع وثبوت الأرش، ففيما لا يثبت الأرش لا يمضي عليه البيع باحداث الحدث، وعليه فلا تشمل الأخبار سقوط الردّ باحداث الحدث في المعيب الذي لا أرش فيه، ولا أقل من اجمال المراد والشك في شمولها لمثل المقام الذي لا يثبت فيه أرش، فإذن نرجع إلى عمومات الخيار ومعها لا حاجة إلى التمسّك بالاستصحاب كما صنعه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وكيف كان فلا نلتزم بسقوط الردّ في المقام.

ومن ذلك يظهر الكلام فيما إذا صرّح أو قامت القرينة الخارجية على اشتراط المشتري عدم الخصاء في العبد مثلاً وكونه باقياً على خلقته الأوّلية فإنه يثبت به الخيار، إلّا أنه خيار تخلّف الشرط وله الردّ بهذا الخيار، وهو لا يسقط بحدوث الحدث، إذ لا دليل على سقوط خيار تخلّف الشرط باحداث الحدث، مثلاً إذا اشترط الكتابة في العبد وظهر العبد غير كاتب وتعيّب عند المشتري بالعمى

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح ٢، ٣.

(نستجير بالله تعالى منه ومن أمثاله) أو بغيره فلا يسقط بذلك الخيار وله ردّ العبد إلى مالكه ، إلّا أنّ اللازم في ردّ المبيع الذي تعيّب عند المشتري سواء كان ردّه بخيار العيب أو بخيار تخلّف الشرط ردّ الأرش إلى البائع ، لأنّ مقتضى قانون الفسخ ردّ كل من المالين إلى مالكهما كما أُخذ ، وحيث إنّ المبيع كان صحيحاً من جهة العيب الحادث عند المشتري عند أخذه فعليه أن يردّه إلى مالكه صحيحاً من هذا العيب بردّ مثله أو بدله .

ومنه يظهر أنّ هذا الأرش ليس هو الأرش الاصطلاحي أعني التفاوت بين صحيحه ومعيبه والأخذ بتلك النسبة من الثمن المسمّى ، بل الأرش في المقام بمعنى ردّ تفاوت القيمة الواقعية إلى البائع ، لأنه من جهة ضمان اليد لا المعاوضة كما تقدّم سابقاً وسيأتي إن شاء الله تعالى في أحكام الخيار أيضاً ، وبذلك يرتفع الضرر عن البائع .

ومن جملة الموارد التي عدّوها من مسقطات الردّ والأرش : ما إذا كان العوضان متجانسين وجنسين ربويين وتصرّف فيه المشتري أو حدث فيه حدث عنده بناءً على عدم جواز أخذ الأرش للمشتري في المتجانسين لاستلزامه الربا الحرام ، وأمّا بناءً على ما قدّمناه من جواز أخذ الأرش لأنه غرامة ولا يوجب الربا في المعاوضة فلا يكون التصرّف فيه حينئذ موجباً لسقوط كل من الردّ والأرش فهذه المسألة مبنية على عدم جواز الأرش في الربويين كما لا يخفى .

ولنقدّم الكلام فيما إذا تصرّف في المبيع ونقول : قالوا بأنّ التصرف فيه يوجب سقوط كل من الردّ والأرش . أمّا سقوط الأرش فلأجل أنه يستلزم الربا الحرام وأمّا الردّ فلأنّ التصرف من أحد موانع الردّ ويجري في ذلك ما ذكرناه في سابقه من أنّ التصرف لا دليل على كونه مسقطاً اللهمّ إلّا فيما إذا كان مؤذناً بالرضا وإسقاط الخيار ، فإن كان التصرف في المبيع الربوي من هذا القبيل فلا محيص من الالتزام فيه

بسقوط كل من الردّ والأرش ، أمّا الأرش فلفرض استلزامه الربا ، وأمّا الردّ فلأجل أنّ الفرض أنّه أسقط خياره برضاه ، وأمّا إذا لم يكن التصرف مؤذناً برضاه فلا وجه لكونه مسقطاً للردّ بوجه . وأمّا ما ورد(١) في بعض الخيارات من أنّ اللمس والتقبيل موجب للسقوط فهو مخصوص بمورده ومن باب التعبّد ، هذا كلّه في التصرف .

وأمّا إذا حدث في المبيع الربوي حدث عند المشتري ففي كونه مانعاً عن الردّ ما تقدّم في سابقه من أنّ دليلي مانعية حدوث الحدث قاصران من الشمول لما لا يثبت فيه الأرش ، وحيث إنّ الأرش لا يثبت في المقام فلا يكون حدوث الحدث فيه مانعاً عن الردّ ، وعليه فللمشتري أن يردّ المبيع الربوي المعيب إلى بائعه ولو مع حدوث عيب جديد عنده ، غاية الأمر أنّ البائع يجوز له مطالبة قيمة العيب الحادث عند المشتري كما تقدّم .

ثم إنّ للعلاّمة (قدّس سرّه)(٢) في خصوص هذه الصورة أعني حدوث الحدث في الربوي كلاماً ويمنع فيه عن جواز ردّ المبيع المعيب الربوي إلى البائع عند حدوث الحدث فيه عند المشتري ، ولكن لا من جهة أنّ حدوث الحدث مانع عن الردّ حتى يرد عليه ما تقدّم من أنّ دليل مانعية حدوث الحدث قاصر عن الشمول لموارد عدم ثبوت الأرش بل من جهة أُخرى كما سيتّضح إن شاء الله تعالى ، وحاصل ما أفاده في وجه المنع مع ضميمة كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٣) إليه يبتني على مقدّمتين :

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ٣.

(٢) التذكرة ١١ : ١٣١ .

(٣) المكاسب ٥ : ٣٢٩.

الأُولى : أنّ وصف الصحة لا تقابل بالمال في خصوص العوضين الربـويين وإنما تقع المبادلة بين ذات الثمن وذات المثمن ، وإلّا فلو قوبلت الصـحة بـالمال في الربويين لبطلت المعاملة من الابتداء لا أنّها تقع صحيحة ويمنع عـن أخـذ الأرش فيها ، والوجه في ذلك أنه إذا باع عشرة قرانات بعشرة قرانات معيبة وفـرضنا أنّ وصف الصحة في المبيع قد قوبل بقران واحد فمعناه أنه باع عشرة قرانـات بـتسعة قرانات ، لأنّ القران الواحد إنما وقع في مقابل وصف صحة القرانات العشرة لا في مقابل ذاتها فيلزم الربا في المعاملة وتبطل ، فوصف الصحة في الربـويين لا يمكـن مقابلته بالمال بحكم الشارع لاستلزامه الربا ، بل المعاملة وقعت بـين الذاتـين كـما عرفت .

الثانية : أنّ مقتضى الفسخ والردّ هو ردّ ما بذل بازائه المال إلى مالكه ، وأمّا ردّ شيء آخر غير ما بذل بازائه المال فلا يوجبه الفسخ ، ومن هنا ذكروا في الاقالة أنها لا تصح بنقصان أو زيادة ، فإذا اشترى مالاً بخمسمائة دينار ثم أرادا الاقـالة لابدّ من الاقالة بردّ المال إلى مالكه وردّ خمسمائة إلى المشتري فلو أقاله بأربـعمائة وخمسين ديناراً بطلت لأنه ليس معنى الاقالة والفسخ ، نعم لهما أن يتبايعا بنقصان ببيع آخر مستقل أمّا الاقالة فلا ، وهذا من دون اختصاصه بالربويين وغيرهما ، فلا وجه لما يستفاد من ظاهر كلام السيد في حاشيته[1] مـن تخـصيص عـدم جـواز النقصان في الاقالة بالربويين .

وبالجملة : أنّ مقتضى قانون الفسخ ردّ ما قوبل بالمال إلى مالكه وأخذ المال المبذول بازائه ، وعلى هاتين المقدّمتين إذا أراد المشتري للمبيع الربوي المعيب ردّه وفسخ المعاملة مع حدوث عيب فيه عنده فلابدّ من أن يردّه إلى مالكه ويأخذ الثمن

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٨٩ من مبحث الخيارات .

من دون أن يضمن عيب الحادث عنده ، وذلك لما عرفت بمقتضى المقدّمة الأُولى أنّ وصف الصحة من جهة هذا العيب الحادث وكذا من سائر الجهات لا يقابل بالمال وعرفت بمقتضى المقدّمة الثانية أنّ مقتضى قانون الفسخ ردّ ما بذل بازائه المال إلى مالكه ، وما قوبل بالمال وبذل بازائه الثمن هو ذات المبيع لا هو مع وصف الصحة حتى يلزمه ردّه وردّ وصف صحته ، فلا موجب ولا ملزم لردّ وصف الصحة أو بدله ، فلو ردّ لابدّ من أن يردّ ذات المبيع ولو مع تعيّبه عند المشتري ، وحيث إنّ هذا يوجب ضرر البائع لتعيّب ماله عند المشتري وعروض النقص في قيمته مع عدم جواز مطالبته المشتري ببدله لأنه بلا موجب ، فلا محيص من أن يحكم في المقام بعدم جواز الردّ لا مع ضمان العيب الحادث لأنه بلا موجب ولا بدونه لأنه ضرر فاحش على البائع ، إذ لو حكمنا بضمان المشتري لوصف الصحة فمعناه أنه قد قوبل بالمال في المعاملة وقد عرفت أنه يستلزم الربا الحرام ، وهذا وجه عدم جواز الردّ عند حدوث العيب عند المشتري في المبيع الربوي المعيب .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ حال وصف الصحة حال سائر الأوصاف كوصف الكتابة في العبد فإنّها إذا زالت عند المشتري وأراد الفسخ لا يجب عليه ردّ عوض ذلك الوصف ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ وصف الصحة لا يقابل بالمال وإن كان كما أفاده ويستلزم الربا أيضاً إلّا أنه لا يختص بالربويين بل في جميع الموارد لا يمكن أن يقابل وصف الصحة بالمال وإلّا للزم اشتغال ذمّة البائع بالأرش من حين المعاملة ، لأنه لم يدفع عوض ما يقابل وصف الصحة فلو مات لأُخرج من تركته بلا توقّف على مطالبة المشتري ، مع أنهم ذكروا أنّ الأرش إنما يثبت بمطالبة المشتري لا من حين المعاملة .

ثم إنّ اللازم في الفسخ هو ردّ ما أخذه وإن لم يقابل بالمال إلّا أنه كان دخيلاً

في مالية المال ، فوصف الصحة وإن لم يقابل بالمال إلّا أنّ له مدخلية في ماليته وقيمته فلابدّ من ردّه إلى البائع عند الفسخ ، وعليه لا وجه لما سلّمه شيخنا الأنصاري من عدم وجوب ردّ غير الصحة من الأوصاف كالكتابة مثلاً ، بل وصف الصحة كغيرها من الأوصاف التي لها مدخلية في مالية المال لابدّ من ردّها إلى بائعها إمّا بنفسها أو بدلها ، فإذا تعيّب المبيع عند المشتري وأراد فسخ المعاملة لابدّ من أن يدفع إلى البائع بدل وصف الصحة في المبيع ، وليس هذا موجباً للربا في أصل المعاملة ، إذ الفرض أنّ المعاملة وقعت بين الذاتين بلا زيادة ، ولا يلزم الربا بدفع الأرش لأنه ليس معاوضة بل إنما هو فسخ المعاوضة السابقة ورفعها بارجاع العوضين إلى مالكهما ولا ربط له بالمعاملة ، فيكون حال ضمان الصحة في المقام كحاله في غيره ، نظير ضمان الصحة في المقبوض بالسوم كما ذكره بعضهم أو المغصوب إذا أراد ردّه فإنه إذا تعيّب في يد المشتري أو الغاصب يجب عليهما ردّ عوضها ، لا من جهة الضمان المعاملي بل من جهة ضمان اليد ، فلا زيادة في المعاملة حتى يتوهم فسادها من جهة الربا كما لا يخفى ، وحيث إنه أخذه صحيحاً في المقام وقد وجب أن يدفعه إليه كذلك بنفسه أو بدله ، فقيمة الصحة المفقودة من جهة ضمان اليد الذي يقتضيه رفع المعاملة وفسخها . فتحصّل أنّه لا مانع من أن يردّ الربوي المعيب ولو مع حدوث عيب جديد عنده ولكن مع دفع عوض الوصف الفاقد .

ثم إنّا إذا قلنا بجواز أخذ الأرش في الربويين كما تقدّم في محلّه لأنه غرامة غير موجبة للربا ، وقلنا بأنّ حال الربويين كغير الربويين من حيث جواز الردّ والأرش أو قلنا بعدم جواز أخذ الأرش للعيب السابق في الربويين ولكن رخّصنا في ردّه مع ردّ قيمة الوصف الزائل والعيب الحادث فلا كلام ولا إشكال كما تقدّم .

وأمّا إذا قلنا بعدم جواز أخذ الأرش لاستلزامه الربا في الربويين وقلنا بعدم جواز ردّه مع ردّ قيمة الصحة الزائلة عند المشتري لأنه أيضاً مستلزم للربا كما ذكره

العلّامة (قدّس سرّه) فيشكل الأمر من حيث إنّ المشتري لا يتمكّن من ردّ المعيب الربوي إلى البائع مع حدوث عيب عنده مجّاناً ، لأنه موجب لخسارة البائع وتضرّره فلا يمكن إجباره عليه ، ولا يتمكن المشتري من أخذ أرش العيب السابق لأنه يستلزم الربا على الفرض ، وصبره على المعيب وعدم ردّه وأخذ أرشه ضرر عليه أي على المشتري ، لأنّ ما اشتراه معيب سيّما إذا كان العيب موجباً لنقصان قيمته بالكلّية فماذا يصنع المشتري حينئذ .

فقد ذكروا حينئذ وجهاً آخر وهو أنّ ردّ المشتري لا يسقط بحدوث الحدث من أصله غاية الأمر أنه يردّ مثل المبيع المعيب بعيب سابق بلا تعيّبه بالعيب الحادث عند المشتري ، وإذا لم يوجد مثله كما لا يوجد غالباً لقلّة تساوي المثل معه في مقدار العيب وعدم زيادته ونقصانه فيدفع قيمة المعيب بالعيب السابق غير المتّصف بالعيب الجديد الحادث عند المشتري ، وذلك لأنّ الضرورات تتقدّر بقدرها ، وإنّما حكمنا بعدم جواز الردّ للمشتري لأنه مع عوض الصحة التالفة رباً وبدونه ضرر على البائع ، وأمّا ردّه بلا ربا ولا ضرر على البائع فلا مانع عنه ، فيكون المبيع الموجود كالتالف من جهة حدوث العيب الجديد وموانع الردّ كما أخذ ، وبعد تلفه ينتقل الأمر إلى مثله أو قيمته ، ومن هنا يظهر أنّ البائع لو رضي بردّ المعيب مع عيبه الجديد بلا ردّ شيء زائد لما كان من ردّ نفس المعيب مانع ، لأنّ المانع من ردّه بلا عوض هو تضرّر البائع فلو اُلغي حقّه فله ذلك .

ومن جملة المسقطات لكل من الردّ والأرش : تأخير الأخذ بمقتضى الخيار حكى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن الغنية(٢) أنّ التأخير في إعمال

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٣٢ .

(٢) الغنية : ٢٢٢ .

الخيار يسقط الردّ والأرش لأنّ الخيار فوري ، وادّعى عدم الخلاف في ذلك . وعن الوسيلة(١) والمبسوط(٢) أنّ التأخير يسقط الردّ خاصة دون الأرش ، وعن الكفاية(٣) والحدائق(٤) أنّ الخيار على التراخي وأنّ التأخير لا يسقط الردّ ولا الأرش ، وادّعيا عليه عدم الخلاف فكأنّهما لم يلتفتا إلى مخالفة الغنية في المقام .

وكيف كان فلابدّ من التكلّم في مقامين : أحدهما : في ثبوت المقتضي للخيار مع التأخير . وثانيهما : في وجود المانع عن الخيار حينذاك ، فإذا أثبتنا المقتضي للخيار وعدم مانعية التأخير عنه فلا يكون التأخير مسقطاً لشيء ، وأمّا إذا كان المقتضي قاصراً أو كان المانع موجوداً وهو التأخير فلا محالة يكون التأخير مسقطاً للخيار .

أمّا المقام الثاني : فالظاهر أنّ تأخير إعمال الخيار وإبقاء المعيب عنده لا يكون مانعاً عن الخيار ، لأنّ الابقاء ينشأ تارةً عن عدم التفات المشتري إلى خياره كما إذا لم يعلم أنّ له خيار العيب ، وأُخرى عن تساهله ومسامحته في أفعاله ، وثالثة عن رضاه بالمبيع إلى غير ذلك من الدواعي ، ولا ينحصر داعي الابقاء في الرضا بالمبيع حتى يحمل التأخير عليه ، إذ يحتمل معه غيره من الدواعي لأنّها كثيرة .

ثمّ لو سلّمنا أنه من جهة داعي الرضا بالمبيع فلا دلالة له على رضاه بالمعيب أي العيب . والمتحصّل أنّ التأخير لا يوجب إسقاط الخيار بطرفيه أو لا يسقط الأرش كما عرفت فلا مانع عن الخيار مع التأخير .

---

(١) الوسيلة : ٢٥٦ .

(٢) المبسوط ٢ : ١٣٩ .

(٣) الكفاية : ٩٤ .

(٤) الحدائق ١٩ : ١١٧ .

وأمّا المقام الأول : فثبوت المقتضي للخيار مبنيّ على وجود الاطـلاق في دليل الخيار ، فعلى تقديره يثبت المقتضي وإلّا فعمومات اللزوم محكّمة ، وذلك لأنّ المقام يدور أمره بين التمسّك بعموم العـام وبـين الرجـوع إلى اسـتصحاب حكـم المخصّص على تقدير عدم الاطلاق في المخصّص كما ذكره شيخنا الأنصاري (قـدّس سرّه) وذلك لأنّ مقتضى العمومات أنّ المعاملة لازمة في جميع الأزمان سيّما مثل قوله (عليه السلام) « لا يحل مال امرئ » الخ[١] لأنّا ذكرنا أنّه انحلالي ومعناه أنه لا يحل في هذا الآن والآن الثاني والثالث وهكذا ، وكذا غيره من العمومات كقوله تعالى : ﴿**لَا تَأْكُلُوا**﴾[٢] و « الناس مسلّطون »[٣] وغيرهما ، والمقدار المتيقّن من تخصيصها إنّما هو الآن الأول عرفاً ، فيكون الخيار فورياً ، ومع تلك العمومات الزمانية لا يبقى للاستصحاب مجال ، فإن كان لدليل المخصّص والخيار إطلاق فهو وإلّا فـيكتفى في الخروج عن مقتضى العمومات بالمقدار المتيقّن .

والانصاف أنّ إطلاق أدلّة الخيار ممّا لا يقبل الانكار فإنّ في مرسلة جمـيل على تقدير الاعتماد عليها جعل المناط في الردّ بقاء العين بحالها مطلقاً في الآن الأول أو الثاني في هذا الاسبوع أو الاسبوع الآتي ، فالمناط بقاء العين بحالها في أي زمان كان .

وأمّا رواية زرارة فقد علّقت الخيار على عدم إحداث الحدث في شراء العين المعيبة غير المتبرى إليه وغير المبيّن له مطلقاً كان في يوم أو أكثر ، فالأدلّة مـطلقة وعليه فلا يكون الخيار فورياً ، وما أفاده شيخنا الأنصاري (قـدّس سرّه) مـن أنّ

---

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

الروايات لا إطلاق لها وإنّما سيقت لبيان أصل الخيار ممّا لا وجه له ، هذا كلّه بالاضافة إلى الردّ .

وأمّا الأرش فلا وجه لتوهم اختصاصه بالزمان الأول أبداً ، فإنّ ما دلّ على ثبوت الأرش كالروايتين المتقدّمتين لم يقيّده بزمان ، بل دلّت على أنّ إحداث الحدث وعدم بقاء العين بحالها في المعيب يثبت له الأرش بلا تقييد بزمان ، وعليه فلا تعتبر الفورية في الخيار في المقام وإن قلنا باعتباره في الغبن من جهة عدم إطلاق في دليله .

فالصحيح من الأقوال المتقدّمة ما ذكره في الحدائق والكفاية من أنّ التأخير لا يسقط الردّ ولا الأرش ، ولكن شيخنا الأنصاري لمّا منع من إطلاق أدلّة الخيار ورأى العمومات شاملة للمقام فمن باب الاكتفاء في تخصيصها بالمقدار المتيقّن التزم بكون التأخير مسقطاً للردّ دون الأرش ، لما عرفت من أنّ الأرش لا وجه لتوهّم اختصاصه بزمان دون زمان ، وهذا هو قول المبسوط والوسيلة .

وللسيد (قدّس سرّه)[1] في المقام حاشية غريبة حيث علّق على قول شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) « بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم الخ » ما هذا لفظه : الظاهر أنّ في العبارة سقطاً وهو مثل قوله « وكيف كان فالحق سقوطهما معاً بناءً الخ » .

ولا يخفى أنّ العبارة صحيحة ولا سقط فيها ، فإنّ معناها ما ذكرناه من أنّ مقتضى العمومات لزوم المعاملة في جميع الحالات والآنات ، وإنما نخرج عنها في الزمان المتيقّن وهو الآن الأول ، فيكون الخيار فورياً ويكون التأخير مسقطاً للردّ وأمّا الأرش فقد مرّ أنه لا وجه لتوهم سقوطه ، وهذه الحاشية منه غريبة ، هذا تمام

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٠ من مبحث الخيارات .

الكلام فيما عدّوه من مسقطات كل من الردّ والأرش ، ويقع الكلام بعد ذلك في أحكام البائع مع علمه بالعيب .

القول في وجوب الإعلام بالعيب

البائع إن لم يعلم بالعيب في المبيع فلا كلام فيه ، وأمّا إذا علم بالعيب فهل يجب عليه الإعلام بالعيب مطلقاً أو لا يجب كذلك بل يستحبّ ، أو أنه يتخيّر بين الإعلام والتبرّي من العيب ، أو أنّ هناك تفصيلاً بين العيب الجلي كالعمى في العبد فلا يجب البيان وبين العيب الخفي فيجب عليه الإعلام مطلقاً أو مخيّراً بينه وبين التبرّي فالأقوال خمسة ولكل قائل .

ومبنى جميع هذه الأقوال الخمسة كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على صدق الغش في بيع المعيب وعدمه بعد ما تقدّم في المكاسب المحرّمة[2] من أنّ الغش حرام في الشريعة المقدّسة ، فيكون الكلام والبحث في أنّ الغش هل ينطبق على المقام أو لا ينطبق بعد مفروغية حرمة الغش ، وأمّا صحة المعاملة أو فسادها فسيأتي الكلام فيهما بعد ذلك إن شاء الله تعالى .

وربما يقال والقائل هو السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[3] بعدم صدق الغش على بيع المعيب مع السكوت عن ذكر عيبه وملخّص ما أفاده في وجه ذلك : أنّ الغش وإن كان في مقابلة النُصح إلّا أنّهما ليسا من النقيضين أو من الضدّين اللذين لا ثالث لهما ، بل بينهما واسطة ككل من لا يشتغل بالمعاملة ولا بشيء آخر فإنه لا

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٣٦ .

(٢) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٤٦١ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٠ من مبحث الخيارات .

غاشّ ولا ناصح ، نعم ربما يكون البائع ناصحاً فيقول للمشتري إنّ مالي هذا معيب ولا إشكال في حسنه ، وأُخرى يكون غاشاً كمن باع ماله مع العلم بعيبه ورداءته إلّا أنه وصفه بأوصاف كذا على خلاف الواقع فإنه أيضاً غش محرّم ، وثالثة يبيعه مع العلم بعيبه إلّا أنه يسكت في مقام البيع ولا يوصفه ولا يبيّن عيبه ، فلا يكون مثله ناصحاً ولا غاشاً ، فإنّ المشتري هو الذي غفل ولم يسأل عن عيبه ولم يدقّق الحال وسامح في الاشتراء ، فلا يكون البيان واجباً عليه حينئذ ولا يصدق عليه الغش كما هو ظاهر .

وملخّص ما ذكره (قدّس سرّه) أنّ الغش ليس أمراً عدمياً أعني عدم النصح حتى يصدق الغاش على كل من ترك النصح بل بينهما واسطة ، فمجرد بيع المعيب بلا نصح لا يدخل في الغش ، نعم لو أبرزه بصورة الصحيح أو سئل عنه ولم يبيّن العيب لا محالة يكون غاشاً ، وهذا من دون فرق بين العيب الخفي والجلي ، وقد ورد في جواز ترك بيان الجلي رواية وهي صحيحة محمد بن مسلم(١) في من خلط الحنطة الردية بالجيّدة فقال (عليه السلام) لا بأس به إذا رئيا ، هذا ملخّص كلامه (قدّس سرّه) وهو إيراد منه على ما هو ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من حرمة ترك الإعلام في الخفي والجلي ، هذا .

ولا يخفى أنّ ترك إعلام العيب من البائع وسكوته عنه غش محرّم بلا فرق في ذلك بين الخفي والجلي ، وذلك لما تقدّم من أنّ بيع البائع بلا بيان العيب التزام منه بسلامة المبيع وإخبار منه بأنه صحيح ، وبذلك أثبتنا للمشتري الخيار وقلنا إنه إذا ظهر فيه عيب يثبت للمشتري الخيار لأجل الاشتراط عند العقلاء بلا حاجة في ذلك إلى الأخبار ، لما تقدّم من أنّ الخيار عند تخلّف الشرط على القاعدة ، وليست في

---

(١) الوسائل ١٨ : ١١٢ / أبواب أحكام العيوب ب ٩ ح ١ .

أخبار خيار العيب تأسيس للخيار وإن كانت مؤسسة للأرش لأنه التزم بسلامة المبيع ببيعه عند العقلاء ، بل قد عرفت أنّ الالتزام المعاملي معلّق على التزام البائع بصحة المبيع ، وذكرنا أنّ مثل هذا التعليق لا يمنع عن صحة العقد (لأنه تعليق على أمر حاصل بالفعل ويعلمان به وهو مقوّم لصحة المعاملة) وقد عرفت أيضاً أنّ معنى الالتزام بوجود الأوصاف الخارجة عن اختياره هو جعل الخيار على تقدير عدمه كما أنّ معنى الالتزام بالأعمال أي شرطها يستلزم الخيار على تقدير عدمها ، مضافاً إلى الحكم التكليفي المتعلّق بإيجاد ما التزم به لعموم « المؤمنون عند شروطهم »[١] وهذا هو الفارق بين الالتزام بالوصف والالتزام بالعمل فراجع .

وكيف كان ، سواء قلنا بأنّ المعاملة معلّقة على الالتزام بصحة المبيع أم لم نقل تقدّم أنّ بيع البائع بلا بيان العيب التزام عند العقلاء بصحة المبيع وإخبار عملي بصحته وعدم عيبه ، فإذا كان الأمر كذلك فلا محالة يصدق عليه الغش لأنه أخبر بعمله عن صحته مع أنه معيب وأبرزه وأظهره صحيحاً وهو في الواقع معيب وهذا من الغش المحرّم في الشريعة المقدّسة وقد قال (صلّى الله عليه وآله) : « ليس منّا من غش مسلماً »[٢] وهذا بلا فرق بين العيب الخفي والجلي ، نعم لو كان الجلاء بمثابة يعلم به المشتري ولا يجهل به لعمىً في بصره أو لعدم كونه من أهل الخبرة بالشيء بحيث علم بالعيب وكان عنده مبيّناً فلا يجب الإعلام والبيان لأنه من اللغو الظاهر حينئذ إذ المفروض أنه عنده معلوم ، فالمناط هو علم المشتري بالعيب وعدمه لا مجرّد كون العيب جلياً وإن لم يظهر للمشتري لمانع ونحوه .

ونتيجة ما ذكرناه وجوب الإعلام بالعيب خفياً كان أم جلياً . نعم هذا

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٤١ / أبواب أحكام العشرة ب ١٣٧ ح ١ .

الوجوب وصدق الغش على ترك الإعلام يختص بما إذا لم يتبرّأ البائع من العيب فإنه إذا تبرّأ منه معناه أنه لا يلتزم بصحة المبيع ولا يخبر بسلامته بعمله ، سواء كان عالماً بعيبه أيضاً أم لم يكن ، وسواء أخبر بعيبه أم لم يخبر به حتى مع سؤال المشتري إلّا أنه يتبرّأ من العيب فإنه يخرجه عن الالتزام بسلامة المعيب ، ولابدّ للمشتري من أن يحصّل الوثوق بصحته بأصالة السلامة أو بغيرها ، فمع تبرّي البائع إذا ظهر فيه عيب فلا يصدق عليه الغش لأنّ القصور أو التقصير حينئذ من ناحية المشتري حيث لم يتفحّص عنه مع تبرّي البائع . وعليه فاللازم على البائع أحد أمرين : إمّا الإعلام بالعيب وهو الأحوط أو التبرّي عنه حين المعاملة ، فالصحيح من الأقوال الخمسة هو القول الثالث أعني التخيير بين الإعلام والتبرّي ، هذا كلّه في الحكم التكليفي من حيث وجوب الإعلام وعدمه .

وأمّا الكلام في حكم المعاملة وضعاً وأنّ المعاملة مع الغش صحيحة أو فاسدة ، فقد حكي عن المحقّق الثاني والشهيد الثاني في جامع المقاصد[1] والمسالك[2] عدم بطلان المعاملة في مثل شوب اللبن ومزجه بالماء ، ثم أوردا على أنفسهما بأنّ المزج بغير الجنس يوجب جهالة مقدار المبيع لأنه إنّما يشتري اللبن دون الماء ولا يعرف مقداره ، فالمعاملة باطلة للجهل بالمقدار ، وأجابا عنه بأنّ العلم بمقدار المجموع يكفي في صحة المعاملة ولا يشترط فيها العلم بمقدار كل واحد من الأجزاء كما لو باع ماله منضمّاً إلى مال الغير ثم ظهر أنه مستحق فتصح المعاملة في ماله ، هذا .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ العيب في المبيع تارةً غير مستند إلى المزج بغير

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٣٣٣ .

(٢) المسالك ٣ : ١٢٩ و ٢٨٥ .

الجنس كالعبد المعيب لمرض مزمن فباعه بلا إعلام وليس فيه مزج بغير الجنس. وأُخرى يكون العيب مستنداً إلى المزج بغير جنسه، وهذا تارةً يوجب استهلاك الممتزج في ضمن المبيع كخلط مقدار قليل من الماء باللبن بحيث يستهلك فيه الماء ولا يصدق على مجموعها إلّا عنوان اللبن. وأُخرى يوجب استهلاك المبيع في الممتزج كما إذا خلط مقداراً كثيراً من الماء باللبن بحيث صدق عليه عنوان الماء المضاف باللبن ولم يصدق عليه عنوان المبيع الذي هو اللبن. وثالثة يوجب المزج إيجاد ماهية ثالثة غير حقيقة المبيع وحقيقة الممتزج به كخلط الخلّ بالسكر الموجب لتحقّق السكنجبين وهو حقيقة ثالثة. ورابعةً لا يوجب المزج الاستهلاك بوجه بل يصدق على المجموع عنوان كل من المبيع والممتزج به وهذا كخلط مقدار كثير من التراب في الحنطة من غير استهلاك أحدهما في الآخر كمزج مَنّ من التراب في منّ من الحنطة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه حنطة وتراب فهذه خمسة صور.

أمّا الصورة الأُولى: أعني التعيّب من غير ناحية المزج بغير الجنس فلا ينبغي الاشكال في صحة المعاملة فيها غاية الأمر أنه ارتكب معصية بتركه الإعلام وإعماله الغش الحرام، ولكن يثبت للمشتري الخيار ولا وجه لبطلان المعاملة حينئذ، لأنّ النهي لم يتعلّق بعنوان المعاملة بل بعنوان الغش المقارن للمعاملة اتّفاقاً بل لو كان ملازماً معها أيضاً لما أوجب البطلان كما قرّر في محلّه وهو ظاهر.

وأمّا الصورة الثانية: وهي التعيّب بالمزج بغير الجنس مع استهلاك الممتزج في المبيع فهي أيضاً صحيحة وترك الإعلام لا يوجب إلّا معصية بلا استلزامه فساد المعاملة، فإنّ المعاملة إنّما وقعت على عنوان اللبن والموجود أيضاً لبن عند العرف حسب الفرض ولم تتغيّر صورته النوعية، فلا وجه لبطلان المعاملة، نعم له الخيار لتعيّب المبيع وعدم خلوصه.

وأمّا الصورة الثالثة : وهي صورة استهلاك المبيع في الممتزج به بحيث لا يصدق عليه عنوان المبيع كاللبن ، فلا ينبغي الاشكال في فساد المعاملة حينئذ لأنّ قوام الشيء إنّما هو بصورته النوعية وبتبدّلها يتبدّل إلى شيء آخر ، والمفروض أنّ الموجود ليس متلبّساً بصورة اللبن بل هو عرفاً متّصف بالصورة النوعية المائية فهو غير المبيع والمبيع غير الموجود فالمعاملة باطلة(١).

ومنه يظهر الكلام **في الصورة الرابعة** ، لأنّ مزجهما قد أوجد ماهية ثالثة وحقيقة أُخرى غير حقيقة المبيع ، وحيث إنّ الصورة النوعية منتفية ومتبدّلة إلى غيرها فلا يصدق عليه عنوان المبيع فتبطل المعاملة لا محالة .

وأمّا الصورة الخامسة : وهي الخلط بلا استهلاك في البين بل مع صدق كل من عنواني المبيع والممتزج عليه بحيث يصدق عرفاً أنه حنطة مع التراب فهي التي يجري فيها إشكال جامع المقاصد والمسالك من أنّ مقدار المبيع وهو الحنطة مجهول .

وجوابها : بأنّ العلم بمقدار المجموع كافٍ في صحة المعاملة ، دون الصور المتقدّمة ، وحينئذ نلتزم بصحة المعاملة في خصوص الحنطة دون التراب لأنه خارج عن متعلّق العقد وإن كان مقدار الحنطة مجهولاً لما تقدّم في محلّه من أنّ العلم بمقدار المجموع كافٍ في صحة المعاملة .

فالمتحصّل : أنه لا يمكن الحكم بالفساد في جميع الصور ولا بالصحة كذلك ، بل لابدّ من التفصيل كما مرّ بالصحة في الصورة الأُولى والثانية والفساد في الثالثة

---

(١) وقد نقل سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) أنه قيل لمن يشتري اللبن (دوغ) وكان ممزوجاً بماء كثير : إنه كلّ ما كثر ماؤه قلّ داؤه ، فأجابه المخاطب نعم ولكن مع حفظ مرجع الضمير في مائه (فإنه يرجع إلى اللبن) كناية عن أنّك قد أذهبت لأجل خلط الماء الكثير عنوان اللبن ، فلا لبن حتى يقال كلّما كثر ماء اللبن ، بل هو ماء .

والرابعة ، وأيضاً بالصحة في الصورة الخامسة .

القول في اختلاف المتبايعين

واختلافهما تارةً من ناحية سبب الخيار وأنّ سببه موجود أو لا ، وأُخرى يختلفان في المسقط بعد اتّفاقهما على ثبوت الخيار فيختلفان في أنه هل سقط بمسقط أم لا ، وثالثة يختلفان في الفسخ وأنّ من له الخيار هل فسخ العقد أم لا .

الاختلاف في موجب الخيار

أمّا الاختلاف في موجب الخيار فهو يتصوّر على وجوه وصور نذكرها في ضمن مسائل :

الأُولى : ما إذا اختلفا في وجود العيب في المبيع وعدمه ، وهذا تارةً مع العلم بحالته السابقة صحة أو عيباً وأُخرى مع كون الحالة السابقة مجهولة لهما .

فإن علما حالته السابقة من الصحة أو العيب فالقول قول مدّعي بقاء الحالة السابقة ، فإذا كان المبيع قبل وقوع المعاملة عليه معيباً ثم اختلفا في أنه هل كان كذلك حين وقوع المعاملة عليه أم كان حينها صحيحاً وادّعى المشتري أو البائع بقاء عيبه حين المعاملة وأنكره الآخر فالقول قول مدّعي البقاء على حالته الأوّلية للاستصحاب ، فإن كانت الحالة السابقة هي الصحة فلا نثبت هناك الخيار لعدم وقوع العقد على ما به عيب أو عوار بحكم الاستصحاب ، وإن كانت الحالة السابقة هو العيب يثبت بالاستصحاب كونه معيباً حال وقوع العقد عليه ، فأمّا وقوع العقد فبالوجدان وعيبه بالاستصحاب ، فيتحقّق موضوع الخيار وهو شراء ما به عيب أو عوار من دون فرق بين أن يكون مدّعي البقاء هو البائع أو المشتري وهذا ظاهر .

وأمّا إذا لم يعلم الحالة السابقة لكونها مجهولة أو لطروّ حالتين متضادّتين

عليه من الصحة والعيب ، فجرى استصحابهما وسقطا بالتعارض أم لم يجر الاستصحاب في مثله من الابتداء لعدم المقتضي للجريان لعدم إحراز اتّصال اليقين بالشك ، وحينئذ إذا شككنا في أنه كان معيباً عند وقوع المعاملة عليه أم كان صحيحاً حينذاك فلا مانع من استصحاب عدم وقوع الشراء على المعيب بناءً على صحة جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية ، فإنّ المتيقّن هو تحقّق طبيعي الشراء وأمّا وقوع الحصّة الخاصة منه أعني الشراء المتعلّق بما فيه عيب فمشكوك فلا بأس باستصحاب عدم اتّصاف الشراء الموجود بكونه شراء المعيب نظير استصحاب عدم اتّصاف المرأة المعيّنة بالقرشية ، ومن الظاهر أنّ موضوع الخيار هو وقوع الشراء على المعيب فإذا نفيناه بالاستصحاب فيرتفع الخيار لا محالة ، وتكون المعاملة لازمة ، هذا كلّه بناءً على صحة جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية كما هو الحق .

وأمّا إذا منعنا عن استصحابها فلا يبقى في البين أصل موضوعي وتنتهي النوبة إلى الأصل الحكمي ، لأنّا نشك في أنّ للمشتري أن يفسخ المعاملة أو يطالب البائع بالأرش أو ليس له الفسخ ولا المطالبة ، فلابدّ من التمسك بأصالة اللزوم وأصالة بقاء ملكية المشتري بعد فسخ المعاملة(١) لأنّا ذكرنا أنّ الأصل بحسب العمومات المتقدّمة هو اللزوم في المعاملات وإنّما خرجنا عنها في خصوص البيع الواقع على المعيب وهو غير محرز في المقام ، وبما أنّا نشك في بقاء الملكية بعد الفسخ فنستصحب الملكية السابقة على الفسخ للمشتري وهو معنى أصالة اللزوم ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الأصل أعني أصالة الملكية أو اللزوم لا تخلو عن مناقشة

---

(١) وبراءة ذمّة البائع عن مطالبة الأرش .

ووجه المناقشة أنّ التمسك بعموم مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] و ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ ...﴾[٢] ونحوهما من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ، لأنّ العمومات قد خصّصت ببيع ما فيه العيب ، فإنّ الأكل للبائع أو المشتري فيه أعني من له الخيار جائز والعقد غير لازم في حقه ، ونشك في أنّ البيع الواقع في المقام هل هو من بيع المعيب أو غيره ، ومع الشبهة في المصداق لا مجال للتمسك بالعام . وإن تمسّكنا باستصحاب الملكية فكان ذلك نظير الاستصحاب في الأحكام الكلّية لأنّ المجعول مشكوك السعة والضيق وأنّ الملكية هل جعلت أبدية أو موقتة بزمان الفسخ ، وكيف كان فالعمدة في المقام هو التمسك باستصحاب عدم اتّصاف الشراء بكونه واقعاً على المعيب باستصحاب العدم الأزلي .

ومنه يظهر أنّ ما يظهر من السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[٣] ومن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٤] فيما تقدّم ويأتي من إثبات اللزوم في المقام بالتمسك بأصالة السلامة وأنّ أكثر أفراد المبيع سليم عن العيب فهذا المبيع أيضاً كان سليماً عن العيب حين وقوع المعاملة عليه ممّا لا وجه له ، لأنه وإن كان موافقاً لما ذكرناه في النتيجة وهي إثبات اللزوم إلّا أنّ طريقه مخدوش ، لأنّ أصالة السلامة لا أصل لها ولم نعلم أنّها أي أصل ، ولم يثبت بناء العقلاء على سلامة كل ما شك في عيبه وصحته ، وإنما صحّحنا الخيار والبيع ببناء العقلاء على أنّ البائع في مقام المعاملة إذا لم يتبرّأ من العيب قد التزم بصحة المبيع وسلامته عن العيب ، إلّا أنّ هذا في خصوص

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩١ مبحث الخيارات .

(٤) المكاسب ٥ : ٢٧٠ ، ٣٣٩ .

مقام البيع ، ولم يثبت بناؤهم على حمل الشيء على الصحيح في جميع المقامات بحيث لو شك في أنّ مالاً من أمواله هل هو معيب أو صحيح يبني على صحته ، فأصالة السلامة ممّا لا أصل له ، هذا كلّه في المسألة الأُولى .

المسألة الثانية من النزاع في سبب الخيار : ما إذا اتّفقا على وجود وصف في المبيع ولكنّهما اختلفا في أنه عيب أو أنه غير عيب كما إذا كان الفرس ذا ألوان مختلفة وكان رأسه بلون وبدنه بلون آخر ادّعى المشتري أنه عيب وقال البائع أنه غير موجب للعيب ولم يتمكّن من الرجوع إلى أهل الخبرة ، والحال في هذه الصورة هو الحال في الصورة السابقة ، لأنّ مرجع النزاع إلى أنه هل وقع العقد على ما به عيب أو عوار أو لم يقع على المعيب ، واستصحاب عدم وقوع العقد على ما به عيب بمعنى استصحاب عدم اتّصاف العقد الواقع بكونه واقعاً على ما به عيب محكّم أو استصحاب الملكية كما مرّ ، نعم لا يثبت بذلك كون الوصف عيباً أو ليس بعيب .

ثم إنّهما إذا اتّفقا على أنّ الوصف الموجود يوجب نقص مالية الشيء ولكنّه ليس بعيب ككون الثوب مخيطاً أو مقطوعاً أو مصبوغاً وكون الرقي أو البطيخ مكسوراً بالسكين فإنها لا يعدّ عيباً إلّا أنّك عرفت كونها مستلزمة لنقص القيمة فإنّ المكسور من البطيخ مثلاً لا يبقى أكثر من يوم بخلاف غير المكسور والطالب له قليل ، وكذا الحال في خياطة الثوب فإنها غير عيب ولكن توجب نقصان قيمة المال لعدم رغبة أكثر الناس في المخيط لاختلافهم في طول أبدانهم وعرضها ، ومنه الحنطة المدقوقة لأنّ المطحون لا يبقى إلى مدّة تبقى فيها الحنطة ، ومن أجل ذلك ادّعى البائع عدم استحقاق المشتري بمطالبة الأرش ، لأنّ الأرش هو مقدار التفاوت في المعيب ، وليس المبيع معيباً في المقام ، وليس النقص في كل مقام موجباً للأرش ، كان حكم هذه الصورة أيضاً كسابقها ، فإنّ مدّعي الخيار والعيب لابدّ من إثبات أنّ العقد وقع على ما به عيب وبدونه يتمسّك بالاستصحاب أو

بأصالة اللزوم كما تقدّم ، نعم لو ثبت أنّ كل نقص عيب فلا يبقى للنزاع في الخيار والعيب بعد الاتّفاق على النقص مجال .

المسألة الثالثة : ما إذا اتّفقا على وجود العيب في المبيع فعلاً ولكنّهما اختلفا في تقدّمه على وقوع البيع وتأخّره عنه أو في كونه واقعاً في زمان خيار المشتري أو قبل القبض ، وبالجملة اختلفا في حدوث العيب في زمان ضمان البائع وتأخّره عنه فإن كانت في البين قرينة قطعية على أحد الطرفين كما إذا قامت القرينة على عدم وقوع العيب قبل البيع كما إذا كان رأس العبد مكسوراً ويجري منه الدم الجديد ويدّعي المشتري أنّ هذا كان قبل البيع ، والمفروض أنّ البيع وقع قبل سبعة أيّام ، أو قامت القرينة على سبق العيب على العقد كما في الجروح التي تعلم أنها غير حاصلة يوم العقد مثلاً فلا كلام في البين .

وأمّا إذا لم تكن قرينة قطعية في البين فيجري في هذه الصورة ما ذكرناه في الصورة الأُولى لأنها بعينها هي الصورة الأُولى ، فإنّ وقوع العيب في يد المشتري بعد العقد ، ممّا لا أثر له حتى يقع مورداً للخلاف ، وإنما الأثر يترتّب على وجود العيب حين وقوع العقد ، لأنّ موضوع الخيار هو شراء شيء به عيب أو عوار فالبائع يدّعي وقوعه في يد المشتري بعد العقد حتى يثبت عدم وقوع العقد على ما به عيب وينتفي الخيار ، والمشتري يدّعي وقوع العيب في يد البائع ليثبت وقوع العقد على ما به عيب ، فوقوع العقد على المعيب وكونه موجوداً حين العقد هو محل النزاع وقد عرفت أنّ استصحاب عدم اتّصاف الشراء بكونه واقعاً على المعيب أو استصحاب الملكية محكّم وهو ينفي موضوع الخيار . وشيخنا الأنصاري إنما أفرد هذه الصورة لا لأجل افتراقها عن الصورة الأُولى بل لأجل التعرّض إلى بعض خصوصياتها كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

ومنه يظهر أنّ الحكم في هذه الصورة هو استصحاب عدم وقوع العقد وعدم

اتّصافه بكونه واقعاً على المعيب ، سواء كان تاريخ أحدهما أعني العقد وحدوث العيب معلوماً أو كان كلاهما مجهولي التاريخ ، إذ لا أثر لتأخّر وقوع العقد حتى يدّعى جريان الأصل فيما جهل تاريخه عند حدوث حادثين شك في تقدّمهما وتأخّرهما فلو فرضنا أنّ حدوث العيب معلوم التاريخ ووقوع العقد مشكوك التاريخ لا يمكننا استصحاب تأخّر وقوع العقد عن تاريخ حدوث العيب ، إذ لا أثر لوقوع العقد متأخّراً عن حدوث العيب ، بل الأثر مترتّب على وقوع العقد على ما به عيب أو عوار ، فيمكننا إثبات عدمه باستصحاب عدم اتّصاف العقد الواقع بكونه واقعاً على المعيب .

والمتحصّل : أنّ صورة الاختلاف في تقدّم العيب عن العقد وتأخّره عنه ترجع إلى صورة الاختلاف في أصل وجود العيب في المبيع حال العقد وعدمه وهي الصورة الأُولى ، وذلك لأنه لا أثر لحدوث العيب بعد العقد أو بعد القبض أو بعد انقضاء مدّة الخيار ، وإنما الأثر مترتّب على وجود العيب حال العقد وعدمه ، فمرجع الخلاف في تقدّمه وتأخّره إلى أنه هل كان موجوداً حال العقد وعدمه ، وقد عرفت أنّ المرجع في الصورة الأُولى إلى استصحاب عدم اتّصاف العقد بكونه واقعاً على المعيب باستصحاب العدم الأزلي .

وأمّا ما حكاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن ابن الجنيد في هذه الصورة من أنّ القول قول المشتري لأنه المنكر والبائع مدّع ، وذلك لموافقة قول المشتري لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود ، وعلى البائع إثبات أنه سلّمها إليه على الوجه المقصود ، ولأصالة عدم استحقاق البائع الثمن بتمامه وعليه إثبات استحقاقه الثمن بأجمعه ، ولأصالة عدم لزوم هذه المعاملة وعلى

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٤٠.

البائع إثبات لزومها ، وبناءً على ذلك يحلف المشتري وبه يثبت الخيار ، فقد أرجعه أي أرجع شيخنا الأنصاري ما ذكره ابن الجنيد إلى ما ذكره في مسألة اختلاف المتبايعين في كون المبيع على الصفة التي رآه المشتري بتلك الصفة سابقاً وعدمه ، أو كون المبيع متّصفاً بما وصفه له البائع أم لا حيث إنه (قدّس سرّه) في هذه المسألة ذهب إلى أنّ المشتري منكر وعلى البائع إثبات أنّ المبيع كان متّصفاً بتلك الصفة ، هذا .

ولا يخفى أنّا ذكرنا في تلك المسألة أيضاً بأنّ البائع هو المنكر والمشتري مدّع وأنه عليه إثبات عدم اتّصاف المبيع بالصفة ، لأنّ الخيار متوقّف على ذلك وعلى مدّعيه إثباته ، وكذلك في المقام كما مرّ .

وأمّا ما استند إليه ابن الجنيد من أصالة عدم اللزوم ، فيدفعه : أنّ هذه الأصالة غير أصيلة ، لأنه إن أُريد بها الاستصحاب فهو يثبت اللزوم والملكية كما تقدّم ، وإن أُريد بها الاطلاقات فهي أيضاً تثبت اللزوم كما هو ظاهر ، وإن أُريد بها أمر آخر فما ذلك الأمر في المقام ، هذا .

مضافاً إلى أنّا لو سلّمنا جريان أصالة عدم اللزوم في حد نفسه فلا مجرى لها في المقام لأنه محكوم ، والوجه في ذلك هو جريان الأصل الموضوعي أعني أصالة عدم وقوع العقد على المعيب وعدم اتّصافه بكونه واقعاً عليه ، والشك في لزوم المعاملة مسبّب عن الشك في وقوع العقد على المعيب وعدمه ، وإذا أثبتنا عدمه ولو باستصحاب العدم الأزلي فيرتفع الشك في اللزوم .

وأمّا أصالة عدم استحقاق البائع الثمن بتمامه فهي أفحش من أصالة عدم اللزوم ، لأنّ البائع يستحق الثمن بتمامه على كل حال ، كان المال معيباً أم كان صحيحاً ، غاية الأمر أنّ المشتري يتمكّن من استرداد بعض الثمن على تقدير كونه معيباً وعدم تمكّنه من الردّ أو مطلقاً من الابتداء كما ذهب إليه المشهور .

مضافاً إلى أنّ تلك الأصالة محكومة بأصالة عدم اتّصاف العقد بالوقوع على

المعيب على تقدير تسليم جريان أصالة عدم الاستحقاق في حد نفسها .

وأمّا أصالة عدم تسليم البائع المبيع إلى المشتري على الوجه المقصود ففيها أنّها تبتني على جريان الأصل في المركّبات بعد جريان الأصل في أجزائها ولكنّه غير صحيح ، إذ مع جريان الأُصول في أجزائها وشرائطها لا يبقى مجال لجريان الأصل في المركّب ، وفي المقام لمّا كان أصل التسليم مورداً لليقين وإنّما شككنا في أنه هل وصل على الوجه المقصود أو لا ، وأصالة عدم كون المبيع معيباً وعدم اتّصاف العقد بكونه واقعاً على المعيب يثبت أنّ ما وصل كان على وجه المقصود ولم يكن معيباً ، هذا كلّه .

ثم لو سلّمنا جريان تلك الأُصول بتمامها في المقام فيتوجّه عليه أنّ لازم صحتها في المقام جريانها بتمامها في الصورة الأُولى أيضاً ، لأنّا أثبتنا أنّ هذه الصورة بعينها هي الصورة الأُولى ، مع أنّ شيخنا الأنصاري لم ينقل فيها خلافاً من أحد حتى عن ابن الجنيد فلا تغفل .

ثم إنّ الاختلاف بأحد الوجوه الثلاثة بين المتبايعين تارة لا ينجر إلى التحاكم والترافع وأُخرى ينجر إلى التحاكم ، فعلى الأول لا كلام في البين ، وأمّا على الثاني فلا يخلو إمّا أن تقوم البيّنة لكل من المدّعي والمنكر وإمّا أن تقوم لأحدهما دون الآخر ، وإمّا أن لا يكون في البين بيّنة لا للمدّعي ولا للمنكر ، وهذه صور ثلاث :

أمّا الصورة الأُولى : فهي تبتني على المسألة المعروفة من أنّ بيّنة الداخل هل هي كبيّنة الخارج أو أنّ بيّنة الخارج متقدّمة على بيّنة الداخل ، والمراد بالخارج هو المدّعي كما أنّ المراد بالداخل هو المنكر لموافقة قوله للأصل وكأنه داخل في الحكم والمدّعي خارج وأجنبي عن الأصل ، والمشهور أنّ بيّنة الخارج متقدّمة على بيّنة الداخل ، وهو كذلك وذلك لأنّ قوله (صلّى الله عليه وآله) : « إنّما أقضي بينكم

بالبيّنات والأيمان »[١] بعد ضمّه إلى قوله (عليه السلام) : « البيّنة للمدّعي واليمين على من أنكر »[٢] الذي هو كالشرح للأول يقتضي حصر اعتبار البيّنة في بيّنة المدّعي الذي هو المراد بالخارج ، كما أنّ اعتبار اليمين منحصر بالمنكر نعم قد وردت في النصوص[٣] أنّ بيّنة ذي اليد متقدّمة على بيّنة المدّعي الذي لا يد له ، إلّا أنه لا يقتضي الحكم بتقدّم بيّنة المنكر على بيّنة المدّعي مطلقاً ، لأنّها أي النصوص المذكورة مضافاً إلى إعراض المشهور عنها وضعفها أخصّ من المدّعى ، لأنّ المدّعى تقدّم بيّنة المنكر على بيّنة المدّعي مطلقاً وإن لم يكن ذا اليد مع أنّها خصّت تقدّم بيّنة المنكر على بيّنة المدّعي فيما إذا كان ذا اليد ، وعليه فلا يمكننا التعدّي إلى جميع الموارد ، إذ لعلّ ذلك من خصوصيات اليد وكونها بحيث لا تسقط إلّا بما إذا قامت على خلافها بيّنة غير مبتلاة بالمعارض ، وأمّا البيّنة المعارضة بمثلها فلا توجب سقوط اليد عن الاعتبار بل البيّنتان تتساقطان وتبقى اليد بحالها من الاعتبار ، وعليه فالبيّنة بيّنة المدّعي وهو المشتري وتتقدّم على بيّنة المنكر الذي هو البائع إلّا فيما إذا كان المنكر ذا اليد .

وأمّا الصورة الثانية : فإن كانت البيّنة للمدّعي فلا إشكال في اعتبارها وثبوت الدعوى بها لا محالة ، وأمّا إذا كانت للمنكر ففي اعتبارها وحجّيتها خلاف والأقوى عدم اعتبار بيّنة المنكر لما تقدّم من أنّ ضمّ قوله (صلّى الله عليه وآله) إلى قوله (عليه السلام) يدلّ على أنّ البيّنة دليل للمدّعي ولا اعتبار لها بالاضافة إلى المنكر كما ذهب إليه المشهور وهو الصحيح .

---

(١) الوسائل ٢٧ : ٢٣٢ / أبواب كيفية الحكم ب ٢ ح ١ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ٢٧ : ٢٣٣ / أبواب كيفية الحكم ب ٣ .

(٣) الوسائل ٢٧ : ٢٥٠ / أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٢ .

وأمّا الصورة الثالثة التي لا بيّنة فيها في البين وأحدهما يدّعي والآخر ينكر فهي على قسمين : لأنّ المنكر تارةً ينكر وجود العيب في المبيع بحسب الواقع ويقول إنّ المبيع لم يكن معيباً في الواقع ونفس الأمر ، وأُخرى ينفي علمه بعيبه ويقول إنّي لا أدفع الأرش لعدم علمي بعيبه وإنما اعتمدت في البيع على أصالة السلامة أو بغيرها من الأُصول .

أمّا القسم الأوّل أعني ما إذا أنكر العيب بتاتاً وبحسب الواقع فيتوجّه عليه اليمين ، وإذا حلف ولم يردّها إلى المدّعي فيثبت بها الدعوى عند الحاكم فيجب على المدّعي أن يرتّب الآثار عليها فلا يمكنه مطالبته بالأرش حتى في صورة علمه الوجداني بمخالفة حلف المنكر مع الواقع وكذبه في حلفه ، فلا يصح له المقاصّة من مال المنكر لعلمه بظلمه وكذبه وعدم صدقه في عدم استحقاق الأرش كما لا يبقى اعتبار لبيّنة المدّعي لو أقامها بعد حلف المنكر ، ولا يمكن رفع اليد عن حلفه إلّا باعتراف نفس المنكر على كذبه في حلفه فإنه يرفع اعتبار الحلف حينئذ ، كل ذلك بالنصوص والأخبار تعظيماً لاسم الجلالة وتجليلاً لذلك الاسم المبارك ، ولكي تفصل الخصومة بين المتخاصمين وترتفع الدعوى الذي لأجله أُسّست قواعد القضاء شرعاً ، هذا كلّه بالاضافة إلى حكم الحاكم ووظيفته .

وأمّا وظيفة المنكر في حد نفسه فهل له الحلف على نفي العيب الواقعي باستصحاب العدم الأزلي وغيره من الأُصول فيما إذا لم يكن عالماً بعدمه في الواقع أو لا ؟ الصحيح عدمه ، لأنّ اعتبار الحلف وجوازه إنما هما لنفي متعلّقه عن الواقع وهذا إنّما يكون في موارد العلم بعدم الشيء واقعاً دون موارد العلم بعدمه في الظاهر لما عرفت من أنّ ظواهر الأخبار هي اعتبار الحلف على النفي الواقعي دون الظاهري فلا اعتبار ولا حجّية فيه فيما إذا تعلّق بعدمه الظاهري حتى فيما جاز للحالف ذلك كما إذا ورّى في حلفه ، إلّا أنه لا يكون حجّة ولا يصح أن يعتمد عليه الحاكم في حكمه

نعم لو قامت القرينة الخارجية على أنّ المراد أعم من نفي الواقع والظاهر لما كان به بأس كما في الحلف على الطهارة ونحوها .

وأمّا القسم الثاني : وهي الحلف على عدم العلم بالعيب فلا ينبغي الاشكال في جوازه ، لأنه حلف على نفي أمر واقعي ويثبت بها آثار عدم العلم كما إذا كـان مدّعى المشتري علم البائع بالعيب ، إلّا أنّ مثل هذا الحلف لا يمنع عن إثبات المدّعي مدّعاه بعد ذلك الحلف بالبيّنة ونحوها ، وليس هذا الحلف كالحلف في صورة دعوى عدم العيب واقعاً بالبت ، وهذا من غير فرق بين صورة اختيار البائع المنكر للمبيع وعدم اختياره ، لأنه على كلا التقديرين يحلف على عدم عـلمه بـالواقـع وتـعيّبه ولكن الكلام في ذلك يقع من جهتين :

الجهة الأُولى : في أنّ حلفه بعدم العلم هل يوجب ارتفاع الخصومة واقعاً وبها يثبت عدم الخيار للمشتري نظير الحلف على عدم العيب في الواقع بتاتاً حتى لا يسمع الدعوى بعده ولا يعتنى بالبيّنة إذا أقامها بعد الحلف أو لا .

الجهة الثانية : في أنه إذا لم يوجب رفع الخصومة واقـعاً بحـيث لا تسـمع دعوى المشتري ولا يعتنى باقامته البيّنة فهل يوجب حلفه بنفي العلم ارتفاع المرافعة ظاهراً موقتاً ، إلى أن يقيم المشتري البيّنة على دعواه بحيث لا يمكنه مطالبة البائع بالأرش أو الثمن على تقدير الفسخ إلى أن يقيم البيّنة أو لا .

أمّا الجهة الأُولى : فلا وجه لاحتمال أن يكون حـلفه بـعدم العـلم رافـعاً للخصومة وموجباً لعدم سماع الدعوى بعده ، وذلك لعدم تعلّق حلفه بنفي ما ادّعاه المشتري ، لأنه إنما يدّعي تعيّب المبيع واقعاً والبائع يثبت بحلفه عدم علمه بالعيب فما يدّعيه المشتري لا ينكره ولا ينفيه البائع وما ينفيه البائع لا يـدّعيه المشـتري فلماذا ترتفع به الخصومة حتى لا يسمع البيّنة والدعوى بعده ، فهذا الاحتمال ساقط من أساسه وإن احتمله بعضهم على ما حكاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأمّا الجهة الثانية : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ له وجهاً ولكن التحقيق أنّ الحاكم الشرعي إذا رفع إليه الخصومة لابدّ له من حلّها وفصلها ولا يمكنه تأجيل الدعوى وتأخيرها إلى مدّة ليرى أنّ المشتري يقيم البـيّنة أو لا يقيمها ، وليس الحاكم الشرعي كالمحاكم العرفية التي ربما تؤجّل المرافعة إلى مـدّة وأجل فلا محيص له من فصلها ورفعها ، وعليه فحيث إنّ البائع منكر فيوجّه إليـه الحلف على عدم العيب واقعاً الذي يدّعيه المشتري ، وحيث إنه معترف بعدم علمه بالواقع فيجبره على ردّ الحلف إلى المدّعي ، فإن ردّ فهو وإلّا يردّه الحاكم إلى المدّعي فإن نكل المشتري أي المدّعي فلا حق له في مطالبة الأرش أو الثمن ، وإن حـلف فيحكم الحاكم بثبوت الأرش أو الثمن على البـائع ظـاهراً وبـه تـرتفع المخـاصمة والمرافعة فلا يسمع بعده الدعوى والبيّنة كما تقدّم ، بل لو كان البائع أيضاً محقّاً في الواقع فلا يجوز له المقاصة في الدنيا بل يبقى حقّه إلى الآخرة ، هذا .

والمتحصّل : أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ ردّ الحلف إلى المدّعي موافق للقواعد هو الصحيح ، هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) تعرّض إلى مسألة الوكالة في المـقام والذي أراه من المناسب أن يؤخّر هذه المسألة وتذكر في أحكام الخيار ، لأنهـا لا تختص بخيار العيب بل تأتي في خيار الغبن وغيره من الخيارات فيما إذا باع الوكيل ثم ادّعى المشتري غبنه ، وكيف كان فحيث إنّ شيخنا الأنصاري تعرّض لها في المقام فنحن أيضاً نتعرّض لها تبعاً له (قدّس سرّه) .

فنقول : الوكيل على قسمين : لأنه تارة يكون وكيلاً في مطلق التصرّفات من

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٤٢.

(٢) المكاسب ٥ : ٣٤٢.

البيع والشراء ونحوهما كما قد يتّفق في بعض الوكلاء كالوكلاء المفوّضين ونظير المضاربة لأنّ المضارب يكون مطلق العنان من حيث البيع والشراء وغيرهما من التصرّفات . وأُخرى يكون وكيلاً في مجرد البيع فقط بحيث تنتهي دورة وكالته بإيقاع البيع .

أمّا الوكيل المفوّض والمطلق فهو نظير الموكّل في أنّ المشتري له أن يرجع إليه وله أن يرجع إلى المالك ، لأنه كالمالك وفعله فعله ، فإذا أنكره الوكيل أو الموكّل فيأتي فيه ما تقدّم من حكم صورة الاختلاف وهذا ظاهر .

وأمّا الوكيل في مجرد البيع فإذا باع المال ثم ادّعى المشتري عيباً في المبيع فهل يتمكّن من أن يرجع إلى الوكيل أو لا ؟ فنقول : إنّ المشتري المدّعي تارةً لا يدّعي كذب الوكيل ولا يكذّبه في دعوى الوكالة بأن يقول إنّ المال ملكك وأنت تدّعي الوكالة حتى لا تدفع الأرش أو الثمن ، وأُخرى يدّعي علمه بكذب الوكيل وأنه ماله .

أمّا الصورة الأُولى التي لا يدّعي المشتري فيها كذب الوكيل بل يحتمل صدقه ، إلّا أنه يرجع إليه من جهة اليد لأن ظاهرها أنه ملكه ، فليس للوكيل الاعتراف والاقرار بالعيب لأنه أجنبي عن المال ، وليس له هذا الاعتراف فلا يكون اعترافه حجّة ولا يثبت به مدّعى المشتري ، نعم لا مانع من عدّه شهادة إذا استجمع شرائط الشهادة نظير ما ذكروه في الاخبار بالنجاسة من ذي اليد ، لأنّ إخباره بها معتبر بلا خلاف لقيام السيرة عليه من زماننا هذا إلى زمان المعصومين (عليهم السلام) ولكنّه إذا باع ما في يده وبعد ما خرج عن يده أخبر بنجاسة الشيء فلا يسمع إخباره لعدم كونه ذا اليد بالفعل وإن كان يخبر بنجاسته في زمان يده والمفروض أنه في ذلك الزمان كان قوله متّبعاً .

وكذا الحال في المقام لأنّ الوكيل وإن كان له الاعتراف بالعيب حين وكالته

لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به وهو حين وكالته قد ملك التصرّف في العين فله الإقرار بعيبه ، إلّا أنه إذا انتهت وكالته فلا يقبل إقراره وإخباره لعدم تملّكه شيئاً حين إخباره وإن أخبر بالعيب في زمان وكالته وهذا ظاهر ، وله إرجاع المدّعي إلى المالك والمدّعي متمكّن من الرجوع إلى المالك أيضاً في هذه الصورة فإن اعترف فهو وإلّا فينتهي الأمر إلى حكم الاختلاف بين المدّعي والبائع .

وأمّا الصورة الثانية أعني ما إذا ادّعى المشتري كذب الوكيل في دعوى الوكالة فلا يمكنه الرجوع حينئذ إلى المالك لدعواه أنّ المال ملك البائع ، والوكيل إذا اعترف في هذه الصورة بالعيب فيثبت عليه الأرش أو دفع الثمن لأنه أجنبي عن المالك .

وتوضيح الكلام في هذه المسألة : أنّ المعاملة إذا وقعت بين المشتري والوكيل وادّعى المشتري وجود عيب في المبيع ففيه جهات كثيرة من الكلام :

الجهة الأُولى : في تعيين من يتوجّه إليه دعوى المشتري بمعنى أنه يرجع إلى الوكيل أو يرجع إلى المالك ، فإن كان المشتري قاطعاً بكذب الوكيل في دعواه الوكالة ويرى الوكيل مالكاً للمال ويكذّب دعوى الوكيل واعتراف الموكّل بالوكالة ، فلا يتمكّن من أن يرجع إلى المالك حينئذ لاعتقاده كون البائع مالكاً ، بل لابدّ من أن يرجع إلى خصوص الوكيل حتى مع اعتراف المالك بوكالة الوكيل ، لأنّ الاعتراف إنّما ينفع فيما إذا لم يكذّبه المشتري والمفروض أنه يرى اعترافه كذباً باطلاً ومعه لا يرجع إلّا إلى الوكيل .

وأمّا إذا كان المشتري جاهلاً بالحال ولم يدّع كذب الوكيل في دعواه الوكالة وإنما رجع إليه من جهة قاعدة اليد ، لأنّ ظاهرها تمكّن ذي اليد من التصرفات وقد اعترف الموكّل بوكالة الوكيل فيتمكّن من الرجوع إلى كل منهما ، أمّا إلى الوكيل فلأجل قاعدة اليد ، وأمّا إلى الموكّل فلأجل اعترافه بأنّ المال ملكه .

وأمّا إذا كان المشتري عالماً بصحة دعوى الوكيل ويعتقد أنه وكيل وأنّ المال ليس له فلا يتمكّن إلّا من الرجوع إلى المالك دون الوكيل ، لأنّ وكالته قد انتهت باتيان مورد الوكالة والمفروض علمه بصدق وكالته فيكون الوكيل أجنبياً حينئذ ولا يصح له الرجوع إليه ، اللهمّ إلّا أن يكون الوكيل مفوّضاً بمعنى أن يكون وكيلاً بحسب الحدوث والبقاء (لا بالمعنى المصطلح في التفويض) .

فتحصّل : أنه في مورد يتخيّر بين أن يرجع إلى المالك وأن يرجع إلى الوكيل وفي مورد آخر يرجع إلى الوكيل ، وفي ثالث يرجع إلى الموكّل .

الجهة الثانية : أنّ المشتري سواء وجّهت الدعوى إلى الوكيل أم وجّهها إلى الموكّل هل يكون اعتراف الوكيل نافذاً في حقّ الموكّل وبه تتمّ دعوى المشتري من كون المال معيباً ، أو ليس له هذا الاعتراف ؟ الصحيح أنّ اعترافه غير نافذ ولا يتم به الدعوى ، لأنه أجنبي عن المالك والمال فكيف يقبل اعتراف أحد على شخص آخر من دون ربط ، نعم لا مانع من قبول اعترافه فيما إذا كان وكيلاً مفوّضاً أي بحسب الحدوث والبقاء ولعلّ هذا ظاهر .

الجهة الثالثة : أنّ المشتري إذا وجّهت الدعوى إلى الوكيل إمّا لتعيّن إرجاعه إليه وإمّا من أجل أنه أحد فردي التخيّر في الرجوع ، فإن تمّت الدعوى على المشتري وردّت دعواه ولم يثبت أنّ المال معيب فهو ولا كلام ، وأمّا إذا تمّت الدعوى للمشتري وحكم الحاكم بكون المال معيباً فيقع الكلام في مدرك هذا الحكم وأنّ الحاكم بماذا حكم بالعيب فإنّ مدركه منحصر في ثلاث : فامّا أن يستند إلى بيّنة أقامها المشتري على دعواه ، أو يستند إلى اعتراف الوكيل بوجود العيب في المبيع أو يستند إلى عين المشتري التي ردّت إليه من طرف الوكيل وحلف المشتري بأنّ المال كان معيباً ، وهذه وجوه ثلاثة ولا رابع في البين .

فإن كان المستند هو البيّنة فلا ينبغي الاشكال في صحة حكم الحاكم

ونفوذها على الموكّل، فيؤخذ منه الثمن أو الأرش بلا خلاف في ذلك لأنها حجّة.

كما أنّ المستند إن كان اعتراف الوكيل فلا إشكال في عدم نفوذه على الموكّل لأنّ الوكيل أجنبي عن المال والموكّل وبأيّ وجه يقبل اعترافه على الموكّل وقد تقدّم ذلك أيضاً.

وأمّا إذا كان مستند حكمه هو اليمين المردودة إلى المشتري فهل هي كالبيّنة تنفذ على الموكّل أو أنها كالاعتراف لا ينفذ، كذا ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا أنّ الصحيح أنّها ليست كالبيّنة ولا كالاعتراف، ولا دليل على أحد التنزيلين في البين حتى يقال إنّها كالبيّنة أو أنها كالاعتراف، بل لا هذا ولا ذاك وإنّما هي أمر ثالث باستقلالها وبرأسها التي بها تفصم المرافعة وترتفع المنازعة والمخاصمة إلّا أنّ نفوذها على الموكّل (مع كون رادّها إلى المشتري وهو الوكيل أجنبياً عن الموكّل) مشكل، لأنّها إنما تنفذ في حق الوكيل ولا وجه لنفوذها في حق الموكّل لأنه ليس طرفاً للنزاع بل الدعوى إنما وجّهت إلى الوكيل، وعليه فتتشكّل دعوى ثانية بين الوكيل والموكّل نتعرّض لها في الجهة الآتية إن شاء الله تعالى.

الجهة الرابعة: أنّ المشتري إذا وجّهت الدعوى إلى الوكيل فإن لم يثبت مدّعى المشتري فهو، وأمّا إذا ثبتت دعواه فرجع إلى الوكيل بالأرش أو الثمن ورجع الوكيل إلى الموكّل وأنكر الموكّل ذلك وقال لست بملزم باعطاء الأرش أو الثمن لعدم العيب في المبيع، فلا يخلو الحال إمّا أن يكون الوكيل منكراً للعيب في المبيع وإمّا أن يكون معترفاً بالعيب فيه.

فإن كان الوكيل معترفاً بالعيب ورجع إليه المشتري وحكم الحاكم على طبق دعوى المدّعي، وحينئذ فإن كان مستند حكمه هو البيّنة فقد تقدّم أنّها نافذة على الموكّل لأنّها تثبت العيب في المبيع، والموكّل معترف بالوكالة، وأنّ المال له فيؤخذ منه الأرش أو الثمن، وأمّا إذا كان مدرك حكمه اعتراف الوكيل أو اليمين المردودة

إلى المشتري فقد عرفت أنّهما لا تنفذان في حق الموكّل المكذّب للاعتراف أو اليمين فلو رجع المشتري إلى الوكيل فله أن يرجع إلى الموكّل ويشكّل دعوى ثانية بينه أي الوكيل وبين الموكّل ، لأنّ الوكيل يعترف بالعيب والموكّل ينكره ، فإن أثبت الوكيل مدّعاه على الموكّل أو اعترف هو بالعيب فيستقرّ الأرش أو الثمن على ذمّته ، وأمّا إذا لم يتمكّن الوكيل من الإثبات بل الموكّل حلف وأثبت عدم العيب في المبيع فلا يتمكّن الوكيل من أن يرجع إليه فيما خسره من الأرش قطعاً ، لأنّ المفروض أنّ الموكّل أثبت عدم العيب وردّ دعوى الوكيل ، فلا وجه لتغريمه بأخذ الأرش أو الثمن بعد عدم ثبوت دعوى الوكيل ، فلو أخذ منه الأرش فلا محالة يحسب عليه ويخسره الوكيل ، اللهمّ إلّا أن ينصفه الموكّل وبإنصافه يدفع إليه ما خسره .

وأمّا إذا ردّ الثمن إلى المشتري وقد أثبت الموكّل عدم العيب في المبيع فيبقى المال بين الوكيل والموكّل مردّداً ، لأنّ الوكيل يعترف بأنه ملك للموكّل والموكّل يعترف بأنه ليس ملكه فماذا حكم هذا المال حينئذ ، ولا يبعد أن يكون المال راجعاً إلى الوكيل للمصالحة القهرية ، لا بمعنى احتياجهما إلى مصالحة جديدة بل نفس إنكار الموكّل يكون مصالحة ورضاً بكون المال للوكيل ، لأنّ إنكاره يرجع إلى أنّي راضٍ بأن لا يرجع إليّ المال في مقابلة أخذ الثمن منّي ، فهو رضى منه بكون المال للوكيل إن أدّى هو الثمن ، فيكون المال داخلاً في ملك الوكيل في مقابل ما أدّاه من الثمن إلى المشتري ، هذا كلّه فيما إذا اعترف الوكيل بالعيب .

وأمّا إذا أنكره الوكيل ، فإن ثبت إنكاره فهو ، وأمّا إذا أثبت المشتري مدّعاه على الوكيل فهل يرجع الوكيل إلى موكّله في الأرش أو الثمن الذي أدّاه إلى المشتري أو لا ، فلا يخلو إمّا أن يكون إنكار الوكيل للعيب مستنداً إلى أصالة السلامة أو إلى غيرها من الأمارات والبيّنات من دون أن يكون عالماً به ، وإمّا أن يكون مستنداً إلى علمه الوجداني بعدم العيب في المبيع .

فإن كان مستنداً إلى أصالة السلامة ونحوها ، فإن كان مدرك حكم الحاكم هو البيّنة فقد عرفت أنّها نافذة على الموكّل بلا حاجة إلى تشكيل دعوى جديدة فيؤخذ منه الأرش أو الثمن ، وأمّا إذا كان مدرك حكمه هو اليمين المردودة إلى المشتري لانحصاره بها ، لعدم الاعتراف من الوكيل لأنه منكر له حسب الفرض ، فلا يجوز له تشكيل دعوى ثانية بينه وبين الموكّل ، لأنّ الدعوى إنما يتحقّق فيما إذا لم يكن عالماً بصحة ما ينكره الموكّل ولو من جهة أصالة السلامة ، والمفروض أنه يعترف بصحة إنكار الموكل من جهة الأصالة المذكورة أو غيرها ، ومعه كيف يصح له الدعوى على الموكّل ، وحينئذ إذا غرم الوكيل بأخذ الأرش منه فلا يتمكّن من أن يطالبه من الموكّل لاعترافه بعدم توجّه الأرش إلى الموكّل ، وأنّ ما أخذ من الأرش إنّما أخذ على خلاف الواقع ومعه كيف يصح له مطالبة الموكّل .

وأمّا إذا أخذ منه الثمن فقد عرفت أنه لا يمكن مطالبة الموكّل به ، لأنه يراه ملكاً للمشتري فيكون المال مردّداً بين المشتري والموكّل وكل منهما يدّعي أنه ليس له ، ولكن المصالحة القهرية المتقدّمة تأتي في المقام بين الوكيل والمشتري وبها يثبت كونه ملكاً للوكيل بازاء ما دفعه إلى المشتري ، اللهمّ إلّا أن يعترف الموكّل بكون المال له فيؤخذ منه الأرش أو الثمن حينئذ .

وأمّا إذا كان عالماً بالوجدان بعدم عيب في المبيع ورجع إليه المشتري وأثبت مدّعاه وأخذ منه الأرش أو الثمن ، فقد تقدّم أنه ليس له تشكيل دعوى ثانية بين نفسه وبين الموكّل حينئذ ، بلا فرق في ذلك بين استناد الحاكم إلى البيّنة واستناده إلى اليمين المردودة إلى المشتري ، وبلا فرق بين اعتراف الموكّل بأنّ المال كان معيباً وعدمه ، لأنّ الوكيل عالم بعدم عيبه ويخطّئ غيره أو يكذّبه لاعتقاده صحة إنكار الموكّل وتكذيبه البيّنة أو اليمين المردودة إلى المشتري اللذين هما مستند حكم الحاكم ، فلو أخذ منه الأرش فهو يكون خسارة على الوكيل كما مرّ .

وأمّا إذا أخذ منه الثمن فيكون المال مردّداً بين الموكّل والمشتري ، والوكيل يعلم بعدم كونه للموكّل فلا تجري المصالحة القهرية حينئذ لعلمه بفسادها ، فينتهي الأمر إلى إجبار الحاكم لهما على المصالحة كما في كل مال بين شخصين كل منهما يعتقد أنه ليس له ، وما ذكرناه في المقام يجمع جميع الفروع المذكورة في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

ثم لا يخفى أنّ الدعوى والمحاكمة لا تستدعي تفسيق أحد المدّعيين بوجه لاحتمال اشتباه أحدهما فيما يدّعيه .

المسألة الرابعة : وهي ما إذا اختلف البائع والمشتري في أنّ السلعة المعيبة المردودة هي التي وقعت عليها المعاملة ، أو أنّ المعاملة لم تقع عليها ، وهذا يتصوّر على صور ثلاث : الأُولى أن يتنازعا في مقتضى الردّ بالخيار وعدمه . الثانية : صورة النزاع في فعلية الخيار بعد الفراغ عن وجود المقتضي له . والثالثة : صورة النزاع في أنّ المبيع الذي وقع عليه العقد هل هو هذه السلعة أو غيرها مع الاعتراف بكل من المقتضي والفعلية .

أمّا الصورة الأُولى : فكما إذا وقع الخلاف في أنّ السلعة التي وقعت عليها المعاملة هي هذه السلعة المعيبة أو أنّها غيرها ولا عيب فيها ، والبائع ينكر كونها هي السلعة المعيبة والمشتري يدّعي أنّها هي السلعة الموجودة التي هي معيبة فله الخيار . وبعبارة أُخرى : يتخالفان في أنّ المبيع معيب أو غير معيب ، فترجع هذه الصورة في المسألة الرابعة إلى المسألة الأُولى المتقدّمة ، ولا إشكال في هذه الصورة أنّ القول قول البائع وعلى المشتري إثبات أنّ المعاملة وقعت على عين معيبة ، لأنّ الخيار مترتّب على شراء شيء وبه عيب أو عوار ، فلابدّ من إثباته ، وهذه المسألة ممّا حكي عليها الاتّفاق ولم يقع فيها خلاف .

وهذه الكيفية من النزاع وهذا الحكم فيه لا يختصّان بخيار العيب بل يجريان

في جميع الخيارات كخيار الغبن ، فإذا ادّعى المشتري الغبن بدعوى أنّ المعاملة وقعت على هذه السلعة بكذا والحال أنّها لا تسوى بهذه القيمة ، وأنكره البائع وقال إنّها وقعت على غير هذه السلعة وقيمتها مساوية للقيمة السوقية ، فيقدّم قول البائع وعلى مدّعي الخيار إثباته ، وهكذا في غير خيار الغبن .

وأمّا الصورة الثانية : فهي ما إذا اعترفا بوجود المقتضي للخيار وأنّ متعلّق المعاملة كان معيباً إلّا أنّ المشتري يدّعي أنّ متعلّقها المعيب هي هذه السلعة المعيبة وينكره البائع ويقول بل هو غيرها ، فلك حقّ الفسخ إلّا أنه غير فعليّ لاشتراطه بردّ المبيع المعيب وأخذ ثمنه ، لدلالة الأخبار على أنّ أخذ الثمن مشروط بردّ العين المعيبة فما لم تردّها إلى مالكها لا يتمكّن من الفسخ ، وهذه السلعة ليست هي المبيع فلم يرد المشتري العين فلا يكون خياره فعلياً .

وقد ذهب صاحب الايضاح[1] في هذه المسألة إلى أنّ القول قول المشتري وعلى البائع إثبات أنّ السلعة ليست له على عكس الصورة الأُولى ، واستدلّ على ذلك بأنّهما بعد الاعتراف بثبوت الخيار للمشتري ووجود المقتضي له ينحصر اختلافهما في أمرين لا ثالث لهما : أحدهما النزاع في أنّ المشتري قد خان البائع بأنه ستر المبيع في داره مثلاً وكتمه وبدّلها إلى غيرها وادّعى أنّ المعاملة وقعت على هذه السلعة الموجودة بالفعل . وثانيهما : أن يتنازعا في أنّ المبيع تلف عند المشتري لا أنه موجود وكتمه بل تلف ولكن المشتري يريد الفسخ ويدّعي بقاءه وأنه هي السلعة الموجودة وإن لم يخنه بكتمان المبيع ، وذكر أنّ اختلافهما منحصر حينئذ في هذين الأمرين ـ مع إمكان تصوير غيرهما كما إذا ادّعى البائع نسيان المشتري أو غفلته أو اشتباهه المبيع ـ .

---

(١) الايضاح ١ : ٤٩٩ .

أمّا دعوى الخيانة فمرتفعة بأصالة الصحة وعدم خيانة المشتري للبائع وللبائع وإن كانت أُصول أُخر مؤيّدة كأصالة عدم الخيار ونحوها إلّا أنّ أصالة الصحة حاكمة عليها ، لأنها ترفع الشك في بقاء الخيار تعبّداً كما هو ظاهر . وأمّا دعوى تلف المبيع فهي أيضاً تندفع بأصالة بقاء العين وأصالة بقاء الخيار وعدم سقوطه ، فيقدّم قول المشتري ، فعلى البائع إثبات مدّعاه من التلف ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده صاحب الايضاح ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، فأمّا ما ادّعاه من دعوى الخيانة ودفعها بأصالة الصحة وعدم الخيانة .

فيدفعه أوّلاً : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من النقض بأنّ أصالة الصحة وعدم الخيانة لو كانت مقتضية في المقام لتقديم قول المشتري لدلالتها على صحة مدّعاه فلماذا لا تلتزمون بذلك في المسألة الأُولى مع جريان أصالة الصحة وعدم الخيانة فيها أيضاً ، لأنّ الأصل صحة فعل المشتري وعدم خيانته بتبديل المبيع ، فإذا كفى ذلك في إثبات صحة مدّعاه لابدّ من تقديم قوله على قول البائع مع أنّكم قد أجمعتم على تقديم قول البائع في المسألة الأُولى بلا خلاف بينكم ، وهذا النقض تام كما أفاده (قدّس سرّه) .

وأمّا ثانياً : فلاندفاعه بالحل وهو أنّ المراد من أصالة الصحة أي أصالة عدم الخيانة إن كان هو أصالة الصحة الجارية في العقود والايقاعات وما يتبعهما من الطهارة ونحوها فهذه الأصالة وإن كانت تامّة وقد ذكرنا في محلّه أنّ أصالة الصحة لا مورد لها إلّا العقود والايقاعات وما يلحقها ، فإذا شككنا في صحة عقد أو إيقاع أو تطهير فالأصل صحته لأنّها ليست بمدلول دليل لفظي كي يتمسّك بعمومه وإطلاقه ، وإنما ثبتت بالسيرة العقلائية ونكتفي فيها بالموارد المتيقّنة وهي العقود

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٤٦.

والايقاعات ولواحقها، فلو جرت هذه الأصالة في المقام لما كان فيها إشكال، بل نلتزم حينئذ بجريانها في الصورة الأُولى أيضاً وبها نقدّم قول المشتري على البائع إلّا أنّ أصالة الصحة الجارية في المقامات المتقدّمة لا مجال لها في المقام، إذ لا شك لنا في فساد عقد أو صحة إيقاع ونعترف بصحة العقد في المقام كما هو أوضح من أن يخفى.

وإن أُريد بها أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح لقوله (عليه السلام) « ضع أمر أخيك على أحسنه »[1] فهي أيضاً تامّة وجارية في المقام، ولا محيص من حمل فعل المشتري على الصحة وعدم الخيانة كما إذا شك في أنّ الكلام الصادر من زيد سبّ أو سلام كما إذا تردّد بين كونه سلام عليك وكونه سام عليك بمعنى الموت فإنه يحمل على السلام بلا خلاف، إلّا أنّ هذه الأصالة لا تثبت الصحة الواقعية ولا يترتّب بها آثار الصحيح الواقعي، فلا يجب ردّ جواب السلام في الصورة المذكورة كما لا يمكن ترتيب آثار عدم الخيانة الواقعية في المقام، هذا على أنها لو كانت جارية وموجبة لصحة دعوى المشتري فهي معارضة بأصالة الصحة الجارية في دعوى البائع عدم كون المبيع هي السلعة الموجودة، لأنّ الأصل أنه لا يكذب في ادّعائه لأنّ الكلام ليس مفروضاً فيما إذا كان البائع يهودياً والمشتري ورعاً تقيّاً حتى لا يجري الأصل في حق البائع، هذا كلّه في أصالة عدم الخيانة.

وأمّا إذا وقع النزاع في أنّ المعيب تلف أو أنه موجود فقد عرفت أنّ فخر المحقّقين (قدّس سرّه) استدلّ باستصحاب بقاء المبيع وأصالة بقاء الخيار وعدم سقوطه، ويدفعه: أنّ هذه الأُصول وإن كانت جارية في حد نفسها ولكنّها لا تقتضي إلّا ترتيب آثار بقاء المبيع أو آثار بقاء الخيار، ولكنّها لا تنفع في المقام لأنّ خيار العيب مشروط ومنوط بردّ المبيع المعيب واسترداد الثمن على ما نطقت به

(١) الوسائل ١٢ : ٣٠٢ / أبواب أحكام العشرة ب ١٦١ ح ٣.

الأخبار ، فما لم يردّ المبيع لا يسترد الثمن ولا يدخل في ملكه ، وتلك الأُصول لا تثبت أنّ المردود هو المبيع ، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود وأثره نفي الخيار شرعاً ، ولا يعارضه أصالة عدم وقوع العقد على غير هذا الموجود لأنه ممّا لا أثر له ، والأثر مترتّب على خصوص وقوع العقد على المعيب وهو منفي بالأصل . فالمتحصّل أنّ الصورة الثانية كالصورة الأُولى في أنّ القول قول البائع وعلى المشتري إثبات أنّ العقد واقع على هذا الموجود .

وأمّا الصورة الثالثة : وهي ما إذا اعترفا بوجود المقتضي وفعلية الخيار ولكنّهما اختلفا في أنّ المبيع هل هو هذا أو غيره ، وهذا النزاع لا يتحقّق في خيار العيب ، لأنّ الخيار فيه موقوف على ردّ المبيع واسترداد الثمن وبدون ردّ المبيع لا يتحقّق خيار العيب كما تقدّم ، فالاعتراف بالفعلية لا يمكن إلّا مع الاعتراف بأنّ المردود هو المبيع وأمّا مع إنكاره لا يبقى للفعلية مجال ، وإنّما يجري هذا النزاع في غير العيب من الخيارات كخيار الغبن والشرط ونحوهما لأنّ الخيار والفسخ فيهما لا يتوقّف على ردّ المبيع إلى بائعه بل إذا فسخ العقد بالغبن ينتقل الثمن إلى ملكه ويرجع المثمن إلى بائعه وإن لم يردّه بعد إلى البائع ، وحينئذ إذا اعترف البائع بغبن المشتري واعترف بأنه فسخه وصار خياره فعلياً وانتقل الثمن إلى المشتري إلّا أنه يدّعي أنّ هذا المردود ليس بملكه وإنّما المبيع شيء آخر فما لم يدفعه إليه لا يدفع الثمن له والمشتري ينكر ذلك ويقول بل المبيع هو هذا الموجود ، ففي هذه الصورة القول قول المشتري كما ذكره صاحب الايضاح ، وذلك لأنّ البائع يدّعي ملكه على أمر آخر وملكه الجديد على غير الموجود مشكوك والأصل عدم ثبوت ملك جديد له على غير الموجود ، فيقدّم قول المشتري حتّى يثبت البائع مدّعاه ، هذا تمام الكلام في المسألة الرابعة والنزاع في موجب الخيار وسببه .

اختلاف المتبايعين في المسقط

قد عرفت أنّ النزاع بين المتبايعين يقع تارةً في موجب الخيار وقد أشبعنا الكلام فيه مفصّلاً ، وأُخرى في مسقط الخيار ، وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ فيه مسائل :

الأُولى : فيما إذا اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه فادّعى البائع أنه كان عالماً بالعيب فلا خيار له لأنّ العلم يسقط الخيار من الابتداء وإن كان مقتضيه وهو العيب موجوداً ، وأنكره المشتري وأنه لم يكن عالماً به فله الخيار ، فيقدّم قول المشتري على قول البائع لأنه ينكر العلم فيثبت له الخيار .

وربما يتوهّم أنّ هذا الكلام منه (قدّس سرّه) يخالف ما ذكره في سائر الخيارات كما في خيار الغبن حيث ذكر أنّ مدّعي الجهل وعدم العلم بالغبن هو المدّعي ، والمنكر هو من يدّعي عدم الخيار والعلم أعني البائع ، وأمّا في المقام فقد عكس الأمر وجعل مدّعي الجهل وعدم العلم منكراً ومدّعي عدم الخيار والعلم مدّعياً وهما متنافيان هذا .

ولكن الصحيح هو ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولا تهافت في البين وذلك لما تقدّم في خيار الغبن من أنّ مدركه هو الشرط الارتكازي العقلائي ، لأنّ العقلاء يشترطون تساوي قيمة المالين في معاملاتهم حسب الارتكاز ، ومن ذلك قلنا إنّ خيار الغبن من أحد أفراد خيار تخلّف الشرط ، وعليه فإذا اختلفا في علم المغبون بالغبن بعدم تساوي القيمتين وجهله فيرجع ذلك إلى الاختلاف في عدم الاشتراط والاشتراط ، فإنّ الاقدام مع العلم بالغبن معناه عدم اشتراط التساوي فإذا وقع الخلاف في الاشتراط وعدمه وادّعى البائع عدم الاشتراط والمشتري

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٤٧ .

ادّعى الاشتراط فيقدّم قول البائع لموافقة قوله الأصل وهو عدم الاشتراط .

وهذا بخلاف المقام لأنّ خيار العيب ثبت بالتعبّد والأخبار وقد أُخذ في موضوعه أمران عدميان أحدهما عدم التبرّي وثانيهما عدم البيان ، وقد عرفت أنّ البيان لا موضوعية له وإنّما أُخذ طريقاً إلى علم المشتري بالعيب ، ومعنى ذلك أنّ المعتبر في موضوع الخيار عدم علم المشتري بالعيب ، فإذا اختلفا وادّعى البائع علمه وعدم ثبوت موضوع الخيار وادّعى المشتري ثبوت موضوعه وأنه لم يبيّن له فلا محالة يقدّم قول المشتري لموافقته الأصل وهو عدم العلم ، وعلى البائع إثبات العلم بالعيب ، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) متين .

المسألة الثانية : إذا اختلفا في زوال العيب بعد علم المشتري بالعيب أو قبله ، فادّعى البائع أنّ زواله كان قبل علمك بالعيب فلا خيار ، وادّعى المشتري زواله بعد علمه بالعيب فخياره باقٍ بناءً على أنّ زواله بعد العلم لا يسقط الخيار وهذه المسألة مبتنية على ما تقدّم في محلّه من أنّ موضوع الخيار هو ظهور العيب لا هو بنفسه وأنّ زوال العيب وعدمه ممّا لا أثر له في بقاء الخيار ، وأمّا إذا قلنا بأنّ موضوعه نفس العيب الواقعي أو قلنا بأنّ زوال العيب يمنع عن الردّ لأنّ المعتبر في هذا الخيار أنّ أخذ الثمن موقوف على ردّ المعيب فإذا زال العيب فلا يتعلّق الردّ بالمعيب ، ويعتبر في الردّ أن يتعلّق بالمعيب ومع زواله لا معيب حتى يردّ ، فلا محالة يسقط الخيار فلا يبقى للنزاع في المقام أثر ، أمّا بناءً على أنّ موضوعه نفس العيب الواقعي فواضح ، لأنّهما يعترفان بوجوده في الواقع فيثبت له الخيار ولا ثمرة في النزاع في زواله قبل العلم أو بعده ، إذ لا أثر لظهور العيب بل الأثر مترتّب على نفس العيب الواقعي وهو ثابت باعترافهما ، وأمّا بناءً على أنّ الزوال يمنع عن الردّ فكذلك ، إذ المفروض أنّ المشتري لا يتمكّن من الردّ حينئذ أي ردّ المعيب ، فخياره ساقط زال قبل علمه أم زال بعده ، فهذا النزاع إنّما يثمر فيما إذا بنينا على أنّ الزوال لا

يمنع عن الردّ وأنّ الردّ لا يعتبر أن يتعلّق بالمعيب بل تعلّقه بما كان معيباً كافٍ في أخذ الأرش (عملاً باطلاق رواية زرارة حيث أثبت الخيار في شراء ما به عيب أو عوار سواء زال بعد ذلك أم لم يزل) وبنينا أيضاً على أنّ موضوع الخيار ليس هو نفس العيب الواقعي بل الموضوع هو ظهور العيب ووجدانه كما تقدّم ، وحينئذ إذا اختلفا في زواله قبل العلم به أو بعده فلا محالة يترتّب عليه الثمرة ، لأنه إن زال قبل علم المشتري فلا يثبت له الخيار لأنّ موضوعه ظهور العيب ووجدانه على الفرض ، وأمّا إذا زال بعده فيثبت له الخيار لظهور العيب وفرضنا أنّ الزوال لا يمنع الردّ ، فلابدّ في هذه المسألة من البناء على كلا الأمرين من أنّ الزوال لا يمنع عن الردّ ومن أنّ موضوع الخيار هو وجدان المعيب لا وجوده الواقعي ، هذا .

ولا يخفى أنّ النزاع حينئذ يرجع إلى النزاع في أصل ثبوت الخيار وعدمه لا إلى سقوطه وبقائه ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) قد استدلّ في المسألة على تقديم قول المشتري باستصحاب بقاء العيب وعدم زواله قبل العلم مع أنّ الموضوع للخيار هو ظهور العيب ووجدانه ، وإثبات هذا باستصحاب بقاء العيب من المثبت بلا خلاف إذ لا أثر لبقاء العيب في حدّ نفسه ، واستصحابه لاثبات أنه وجده وعلم به من المثبت ، فالصحيح هو تقديم قول البائع وعلى المشتري إثبات الخيار وأنه وجده معيباً ، هذا .

ثم إنّهما إذا اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيبين أعني القديم والجديد في أنّ الزائل هل هو العيب القديم أو أنّ الزائل هو الجديد كما إذا كانت في إحدى عيني العبد نقطة بيضاء ثم حدث عند المشتري نقطة بياض في عينه الاُخرى ثم زالت إحداهما ووقع الخلاف في الزائل هل هو القديم أو الجديد ، فادّعى البائع أنّ الزائل هو القديم فلا خيار في البين وادّعى المشتري أنّ الزائل هو الجديد فالخيار

باقٍ .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ الأصل بقاء العيب القديم الموجب للخيار ، ولا يعارضه استصحاب بقاء العيب الجديد لأنه لا أثر له ، والأثر إنما هو لبقاء العيب القديم وارتفاعه ، ثم نقل عن الشافعي على ما نقله في التذكرة[٢] التفصيل بين الردّ والأرش وأنّ الردّ لا يمكن والأصل فيه مع البائع والأرش ثابت والأصل فيه مع المشتري ، وهذه المسألة أيضاً مبتنية على ما تقدّم في مسألة أنّ العيب الحادث يمنع عن الردّ مطلقاً أو مع بقائه دون ما إذا زال ، فإن قلنا إنّ العيب الجديد يمنع عن الردّ زال أم لم يزل تمسّكاً وأخذاً باطلاق رواية زرارة حيث علّقت الحكم أي عدم الردّ على إحداث الحدث سواء زال بعد ذلك أم لم يزل ، فلا يبقى للاختلاف ثمرة ، إذ المفروض اتّفاقهما على أنّ العيب قد حدث فيه جديداً فيسقط الخيار لا محالة زال أم لم يزل ، كما أنه إذا قلنا بكفاية وجود العيب القديم حين الشراء في الخيار أي الأرش وعدم اعتبار بقائه حين الردّ تمسكاً باطلاق رواية زرارة حيث علّقت الخيار على شراء شيء وبه عيب بلا تقييده بالبقاء ، لأمكننا إثبات الأرش على البائع ، ولا يبقى ثمرة للخلاف في أنّ الزائل هو الحادث أو القديم ، لأنه على أي حال محكوم بدفع الأرش بناءً على هذا القول ، نعم لو قلنا بأنّ العيب القديم إنما يؤثّر في الأرش على تقدير بقائه ، يكون للخلاف في أنّ الزائل هو العيب الحادث أو القديم ثمرة ، لأنه على تقدير كونه هو القديم يرتفع وجوب الأرش عن البائع ، فهذا النزاع إنما يثمر بناء على ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) من أنّ العيب الجديد إنّما يمنع عن الخيار مع بقائه ، وأمّا مع ارتفاعه فلا ، وحينئذ يتشكّل للمشتري دعويان : إحداهما

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٤٧.

(٢) التذكرة ١١ : ١٣٠ ـ ١٣١ .

دعواه الردّ لأنّ المال معيب والبائع ينكر ذلك لحدوث عيب جديد ، والثانية دعواه الأرش ومطالبته من البائع والبائع ينكر ذلك لدعواه ارتفاع العيب القديم .

أمّا الدعوى الأُولى فالأصل فيها مع البائع لأصالة بقاء العيب الجديد وهو يمنع عن الردّ ، ولا يعارضه استصحاب بقاء العيب القديم لأنه لا أثر له ، إذ الأثر مترتّب على بقاء العيب الحادث لأنه الذي يمنع عن الردّ ، وبقاء العيب القديم وعدمه لا مدخلية له في الخيار لأنه يثبت بأصل وجوده فلا يتمكّن المشتري من الردّ وعليه إثبات أنّ الزائل هو العيب الجديد .

وأمّا الدعوى الثانية أعني دعواه الأرش بعد عدم تمكّنه من إثبات الردّ فالأصل فيها مع المشتري ، لأنّ الأصل بقاء العيب القديم ، ولا يعارضه استصحاب بقاء العيب الجديد لأنه لا أثر له في الأرش وعدمه ، اللهمّ إلّا إثبات أنّ الزائل هو القديم وهو من الأُصول المثبتة فيقدّم قول المشتري دون البائع على عكس الدعوى الأُولى ، فمّا ذكرناه يظهر أنّ ما حكي عن الشافعي في المقام هو الصحيح وأنه يفصّل بين الردّ فيقدّم فيه قول البائع والأرش ، ويقدّم فيه قول المشتري وإن كان قائله هو الشافعي .

والعجب من شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) حيث تمسك في الدعوى الأُولى بأصالة بقاء العيب القديم وقال إنّ أصالة بقاء العيب الجديد لا أثر لها مع أنّ الأمر بالعكس ولا أثر لبقاء العيب القديم إلّا إثبات أنّ الزائل هو الجديد حتى يثبت له الردّ وهو من الأُصول المثبتة ، وكلّما تأمّلت في المقام لتوجيه كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لم أقف له على توجيه ، لأنّه (قدّس سرّه) مع التفاته إلى أنّ الأصل مثبت تمسك به في المقام .

المسألة الثالثة : إذا اختلف البائع والمشتري في حدوث عيب جديد عند المشتري غير العيب الذي اتّفقا عليه ، فادّعى البائع أنّ هذا العيب الجديد قد حدث

عندك وادّعى المشتري أنه قد حدث عند البائع ، أو اختلفا في زيادة العيب وعدمها فادّعى البائع أنّ العيب قد زاد عمّا كان عليه عند المشتري وادّعى المشتري أنّ الزيادة حصلت عند البائع ، أو اختلفا في أصل الزيادة وادّعى أحدهما أنه زاد وادّعى الآخر عدم زيادته ، ففي جميع هذه الصور تارةً تكون الدعوى من المشتري على البائع وأُخرى تكون الدعوى من البائع على المشتري ، وذلك لأنّ المشتري تارةً يدّعي على البائع حدوث عيب جديد غير العيب المتسالم عليه عند البائع ، أو حدوث الزيادة عنده لأجل أن يثبت له الردّ من ناحية العيب الجديد أو الزيادة ، أو لأجل أن يطالبه بأرشين للقديم والجديد أو بأرش واحد لو كان تبرّى من العيب المتسالم عليه ، أو أسقطه المشتري ويطالبه بأرش زائد في صورة دعوى الزيادة ويدّعي البائع عدم حدوثه عنده أو عدم زيادته وأنه لا حق لك في الردّ من جهته أو في مطالبة الأرش الزائد ، ففي هذه الصورة أعني كون الدعوى من المشتري في جميع صور الاختلاف المتقدّمة يكون المدّعي هو المشتري والمنكر هو البائع ، وعلى المشتري إثبات أنّ العيب الآخر أو الزيادة حدث عند البائع ، وذلك لأصالة عدم حدوث عيب آخر زائداً على العيب المتّفق عليه عند البائع وعدم حدوث الزيادة وأثرها عدم استحقاق المشتري للردّ أو لمطالبة أرشين أو أرشاً زائداً ، وهذا ممّا لا إشكال فيه فيقدّم قول البائع في جميع الصور المتقدّمة .

وبعبارة أُخرى مرجع النزاع في هذه الصورة إلى النزاع في أصل وجود العيب وعدمه ، وقد تقدّم أنّ المشتري المدّعي لوجود عيب مقتضٍ للخيار لابدّ من أن يثبت مدّعاه ، ولكن هذه الصورة خارجة عمّا نحن بصدده لأنّها ترجع إلى الدعوى في أصل ثبوت الخيار وعدمه ولا يرجع إلى النزاع في المسقط وكلامنا إنّما هو في الثاني كما هو واضح .

فلابدّ من فرض النزاع والكلام فيما إذا كانت الدعوى من البائع على

المشتري في جميع الصور الخلافية المتقدّمة ، وهذا كما إذا أراد المشتري فسخ العقد والردّ وقد ادّعى البائع عدم استحقاق المشتري للفسخ والردّ بدعوى حدوث عيب جديد أو زيادة العيب عند المشتري والمشتري ادّعى عدمه ، وفي جميع الصور المتقدّمة الخلافية يكون البائع مدّعياً والمشتري منكراً لأصالة عدم حدوث المسقط عند المشتري وأثرها تمكّنه من الردّ ، ولا تعارضها أصالة عدم حدوثه عند البائع لأنّها لا أثر لها في حدّ نفسها ، وإثبات حدوثه عند المشتري بتلك الأصالة من أوضح أنحاء المثبت لأنه من اللوازم العقلية لعدم حدوثه عند البائع للعلم الاجمالي بحدوثه عنده أو عند المشتري ، وهذا من غير فرق في ذلك بين الاختلاف في حدوث العيب الجديد عند المشتري والاختلاف في حدوث الزيادة عنده والاختلاف في أصل الزيادة ، لأنّ الأصل في جميعها مع المشتري وعلى البائع إثبات تحقّق المسقط .

وما حكي عن الدروس(١) من حكمه بحلف البائع دون المشتري ، إن كان ناظراً إلى الوجه الأول وهو صورة كون الدعوى من المشتري على البائع فهو متين لأنّ المدّعي حينئذ هو المشتري وعليه إثباتها والبائع منكر فيقدّم بحلفه ، وإن كان ناظراً إلى الوجه الثاني أعني كون الدعوى من البائع على المشتري فقد عرفت ما فيه ، لأنّ البائع حينئذ مدّع وعليه إثباتها ولا يتقدّم بحلفه .

ثم إنّا لو حملنا كلامه على الوجه الأول يرد عليه : أنّ الحكم بتقديم قول البائع بحلفه لا يختصّ بخصوص ما إذا كان اختلافهما في وجود عيب آخر وحدوثه عند المشتري ، بل الحكم يجري فيما إذا كان اختلافهما في زيادة العيب المتّفق عليه عند المشتري ، بل يأتي فيما إذا اختلفا في أصل حدوث الزيادة عنده كما مرّ لأنّه في جميع

---

(١) الدروس ٣ : ٢٨٩ .

تلك الصور مدّع والبائع منكر فيتقدّم قوله بحلفه ، ولماذا فرّق (قدّس سرّه) بين صورة الاختلاف في حدوث العيب الآخر عند المشتري وبين صورة الاختلاف في حدوث الزيادة عنده ، حيث حكم في الصورة الأُولى بتقديم قول البائع بحلفه وأمّا في الصورة الثانية فأفتى بتقديم قول المشتري ثم احتمل تقديم قول البائع بقوله ويحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد الخ ، وقد عرفت أنّ الصورتين من وادٍ واحد والحكم فيهما واحد وهو تقديم قول البائع إذا كانت الدعوى من المشتري على البائع ، بل وكذلك الحكم فيما إذا اختلفا في أصل الزيادة ، فلا وجه لما ادّعاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الحكم بتقديم قول البائع يختص بما إذا اتّفقا على وجود الزائد واختلفا في تقدّمه وتأخّره ، وأمّا إذا كان الاختلاف في أصل الزيادة فلا إشكال في تقديم قول المشتري الخ ، وقد عرفت أنّ الصحيح هو تقديم قول البائع إذا كانت الدعوى من المشتري على البائع حتى في هذه الصورة ، نعم لو كانت الدعوى من البائع على المشتري لكان قول المشتري مقدّماً في جميع الصور الثلاثة الخلافية .

إن قلت : إنّ حكم الشهيد (قدّس سرّه) بتقديم قول المشتري عند اختلافهما في حدوث الزيادة عند المشتري أو عند البائع لعلّه ناظر إلى ما إذا لم يكن للعيب الجديد حالة سابقة من حيث العدم والوجود ، بل كان ممّا لو وجد لوجد من الأزل ولو انعدم لانعدم كذلك ، فلا زمان نقطع بعدمه ليجري استصحاب عدم حدوثه حتّى ينفع البائع ، فإذا لم يجر الأصل فلا يحكم بتقديم قول البائع ، وأيضاً ما أفاده مبني على عدم جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية حتى يستصحب في المقام عدم اتّصاف المبيع بالعيب الجديد عند البائع ، ولذا حكم (قدّس سرّه) بعدم تقديم قول البائع في هذه الصورة .

قلت : لو كان نظره (قدّس سرّه) إلى تلك العيوب ، وبنينا على عدم جريان

الاستصحاب في الأعدام الأزلية أيضاً لما كان وجه لتقديم قول المشتري أيضاً وذلك لأنّ أصالة عدم حدوث العيب وإن لم تجر حينئذ إلّا أنّ أصالة عدم استحقاق المشتري للأرش بلا مانع ، للقطع بعدم استحقاقه له قبل المطالبة ونشك في أنه هل استحقّه بها أم لا والأصل عدم استحقاقه للأرش كما تقدّم ، وكيف كان فلم نعرف لما أفاده الشهيد (قدّس سرّه) وجهاً .

المسألة الرابعة : إذا اختلفا في تبرّي البائع وعدمه وادّعاه البائع وأنكره المشتري قدّم قول منكر التبرّي ، لأنّ الأصل عدم تبرّي البائع وبذلك يتم موضوع الخيار وهو الشراء من غير تبرّي البائع ، والشراء متحقّق بالوجدان وعدم التبرّي بالأصل فيلتئم كلا جزئي الموضوع ، لأنّ عدم التبرّي قد أخذ في موضوع الخيار وهو مسبوق بالعدم فلا مانع من جريان استصحاب عدمه ، وهذا ظاهر .

إلّا أنّ في المقام مكاتبة وهي مكاتبة جعفر بن عيسى ربما يتوهّم أنّ ظاهرها ينافي ما ذكرناه من تقديم قول منكر التبرّي ، وذلك لأنّه كتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) « جعلت فداك المتاع يباع (يبيعه الدلّال) في من يزيد فينادي عليه المنادي فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه (بقوله تبرأت من كل عيب) فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلّا نقد الثمن فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادّعى فيه عيوباً وأنّه لم يعلم بها ، ويقول له المنادي قد برئت منها ، فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها ، أيصدّق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق ؟ فكتب (عليه السلام) أنّ عليه الثمن »[1] وهي كما ترى ظاهرة في أنّ منكر البراءة لا يسمع قوله ، هذا .

وفيه **أوّلاً :** أنّ الرواية أخص من المدّعى ، لاختصاصها بما إذا وقع الخلاف في سماع التبرّي وعدمه ، وكلامنا في اختلافهما في أصل التبرّي وعدمه ، فلو كانت

(١) الوسائل ١٨ : ١١١ / أبواب أحكام العيوب ب٨ ح١ .

المكاتبة معتبرة في حدّ نفسها فلابدّ من الاقتصار على موردها وهو ما إذا تبرّى البائع ولكن المشتري لم يسمعه ، ولعلّ المشتري أيضاً لا ينكر تبرّي البائع بل يعترف بصحّة دعواه إلّا أنه يدّعي عدم سماعه ، وأمّا إذا قلنا إنّ الغرض من نفي السماع إنكار أصل تبرّي البائع فنقول :

ثانياً : لو قلنا بشمول المكاتبة للمقام أي لما إذا اختلفا في التبرّي وعدمه فنقول : إنّ مقتضى القاعدة كما تقدّم تقديم قول منكر التبرّي ، إلّا أنّ الوجه في حكمه (عليه السلام) في مورد الرواية بتقديم قول البائع هو ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ العادة جرت على نداء الدلّالين حين المعاملة بالتبرّي أو بغيره على وجه يسمعه كل من حضر للمعاملة ، ولا ينادي الدلّال على وجه لا يسمعه المعامل ، فيكون قول منكر السماع على خلاف الظاهر ، لأنّ الظاهر سماع نداء الدلّال في مقام المعاملة ، والمقام من أحد موارد تعارض الأصل والظاهر لأنّ الأصل يقتضي عدم سماعه وعدم تبرّي البائع إلّا أنّ الظاهر سماعه فنطمئن بكذب ذلك المنكر ، وهذا يختص بخصوص نداء الدلّال ولا نتعدّى إلى جميع الموارد كما في المعاملة بين شخصين ، وما أفاده (قدّس سرّه) في غاية المتانة .

وأمّا ما ارتكبه صاحب الحدائق (قدّس سرّه)(٢) من حمله الرواية على أنّ الإمام (عليه السلام) استفاد من فرض السؤال كذب المشتري في دعواه الانكار وأنّه سمعه ولكن لمّا زهد فيه ادّعى عدم السماع فبيّن (عليه السلام) حكم المشتري وأنه يجب عليه دفع الثمن بينه وبين ربّه ، فهو خلاف الظاهر ، لأنّ السؤال في الرواية إنّما هو عن تصديق الحاكم للمشتري وعدمه وأنّ وظيفته أي شيء لا حكم المشتري

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٥١ .

(٢) الحدائق ١٩ : ٩١ .

بينه وبين ربّه ، والإمام (عليه السلام) بيّن حكم تلك القضية وأنّ وظيفة الحاكم تقديم قول مدّعي السماع ، فتكون الرواية على خلاف القاعدة .

وأمّا ما حكي عن الكفاية[1] من جعله الرواية مؤيّدة للقاعدة ، فإن أراد به ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ مقتضى القاعدة تقديم منكر السماع إلّا أنّ في خصوص مورد الرواية قامت القرينة على صدق المدّعي لأجل أنّ المنادي لا يخضع في ندائه بل ينادي بصوت جلي يسمعه كل من حضر للمعاملة من النـاس فهو متين ولا بأس به ولا بعد في وصوله إلى ما وصل إليه الشيخ (قدّس سرّه) .

وأمّا إذا أراد بيان أنّ تقديم قول المدّعي في السماع هو المطابق للقاعدة ، ففيه أنّه كما عرفت على خلاف القاعدة لأنّها تقتضي تقديم قول منكر التبرّي والسماع .

وثالثاً : أنّ الرواية على تقدير دلالتها على المدّعى في المقام لا يمكن التمسّك بها لأنّها ضعيفة السند كما ذكره الأردبيلي[2] وما أفاده شيخنا الأنصاري (قـدّس سرّه) من التأمّل فيما ذكره الأردبيلي ممّا لم أفهمه بوجه ، لأنّها ضعيفة السند بلا كلام كما أنّ ما أفاده السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته[3] في توجيه تأمّـل الشـيخ مـن أنّ الرواية معمول بها بين الأصحاب لم أصل إلى حقيقته ، لأنّ كونها مورد العمل في غير المقام لا يوجب كونها معتبرة في غير مورد العمل أيضاً كما في المقام ، بل كون نصف رواية معمولاً به عند الأصحاب أيـضاً لا يـوجب اعـتبار نـصفها الآخـر فالصحيح ما أفاده الأردبيلي (قدّس سرّه) .

بقي في المقام إشكال آخر في الرواية وملخّصه : هو أنّ الشروط والقيود ما

---

(١) كفاية الأحكام : ٩٤ .

(٢) مجمع الفائدة ٨ : ٤٣٧ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٤ من مبحث الخيارات .

لم تذكر في ضمن العقد لا تكون مورداً للاعتبار، ومن الظاهر أنّ البراءة عن العيوب كانت وقت النداء لا حين العقد والمعاملة، فلم يذكر التبرّي في ضمن العقد فلا يبقى له اعتبار حتّى فيما لو صدّقه المشتري في دعواه واعترف بأنّك قد برئت عنه وقت النداء، إلّا أنّ الشرط ما دام لم يذكر في ضمن العقد لا يكون معتبراً، فلا اعتبار في هذا التبرّي وهو بمنزلة العدم، ومع هذا لماذا حكم الإمام (عليه السلام) بتقديم قول البائع واعتبر الشرط مع عدم ذكره في العقد.

وأجاب عن هذا الإشكال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بوجوه: منها أنّ نداء الدلّال بمنزلة الايجاب فالشرط قد ذكر في ضمن العقد. ومنها: أنّ الشرط معتبر حتّى فيما لم يذكر في ضمن العقد. ومنها غير ذلك فليراجع، ومن الظاهر أنّ الحاجة إلى الجواب عن هذا الإشكال إنّما هي فيما إذا لم نقل بكفاية مطلق الشرط وإن لم يقع في ضمن العقد وإلّا فلا إشكال حتّى يجاب عنه.

والصحيح في حلّ الإشكال بناءً على اشتراط ذكر الشرط في ضمن العقد أن يقال: إنّ اشتراط ذكر الشرط في ضمن العقد إنّما هو في الشروط وهي عبارة عن التزام شيء خارج عن المعاملة في الالتزام المعاملي نظير بيع شيء مع اشتراطه خياطة الثوب أو مع الكتابة ونحوهما الراجعة إلى التزام عمل أو صفة وهي التي يعتبر ذكرها في العقد، والمقام أعني البراءة عن العيوب ليس من قبيل الالتزام في الالتزام بل هي بمعنى رفع الالتزام وتوضيحه: أنّا ذكرنا سابقاً أنّ وصف الصحة نظير تساوي القيمة في خيار الغبن ممّا يشترطه العقلاء بارتكازاتهم في المعاملات وقلنا إنّ الاطلاق في العقود يقتضي الالتزام بالصحة وبتساوي القيمة ونحوهما فالالتزام بها ثابت عند الاطلاق حسب الارتكاز ما دام لم ينصب قرينة على رفع

(١) المكاسب ٥: ٣٥١.

ذلك الالتزام ، وأمّا مع نصبها فلا يبقى التزام بالصحة أو بتساوي القيمتين ، ولا يفرّق في القرينة المنصوبة لأجل رفع الالتزام الثابت بالارتكاز بين كونها سابقة على العقد وكونها مقارنة ، فالتبرّي قرينة على رفع الالتزام لا أنّه التزام في ضمن التزام ونظيره البيان فكما لا يفرّق في بيان العيب في قوله (عليه السلام) « ما لم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له » بين كونه سابقاً أو مقارناً ، فكذلك في التبرّي .

ويدلّ على ما ذكرناه : إطلاق قوله « ولم يتبرّأ إليه » بلا تقييده بالتبرّي في ضمن العقد أو سابقاً عليه ، فلا إشكال في الرواية من هذه الجهة .

المسألة الخامسة : وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في هذه المسألة أنّه لو ادّعى البائع رضى المشتري به بعد العلم بالعيب أو إسقاط الخيار أو تصرّفه فيه ونحوها من المسقطات حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأُمور ، ثمّ عقّبه (قدّس سرّه) بأنّه لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه وقدمه إلى آخر ما أفاده (قدّس سرّه) .

ولا يخفى أنّ هذه المسألة تكرار منه (قدّس سرّه) لأنّها بعينها المسألة الثالثة وقد ذكرنا هناك أنّ القول فيها تارةً قول المشتري وأُخرى هو قول البائع على تفصيل قد أسلفناه ولا نعيد ، هذا تمام الكلام في الاختلاف في المسقط .

الاختلاف في الفسخ

أما الثالث وهو ما إذا اختلفا في الفسخ وعدمه ، ففيه مسائل :

المسألة الأُولى : إنّ المشتري الذي ثبت له الخيار باتّفاقهما إذا ادّعى الفسخ واعترف بحلّه العقد فهذا يتصوّر على وجهين : لأنّ هذا النزاع تارةً مع بقاء الخيار وأُخرى مع انقضائه . فإن كان خياره باقياً فلا ينبغي الإشكال في أنّه يتمكّن من الفسخ حينئذ وله أن ينشئه ثانياً ، ولا يرد عليه أنه مع دعواه الفسخ أوّلاً لا يتمكّن

منه ثانياً لأنّه لغو محض ولا أثر له بعد إنشائه سابقاً ، وذلك لأنّ فائدة فسخه ثانياً هو علمنا إجمالاً بأنّ المعاملة انحلّت ورجع الثمن إلى ملك المشتري كما رجعت العين إلى ملك البائع إمّا بهذا الفسخ أو بالفسخ السابق ، فالانحلال معلوم والشك في السبب والاستناد ، وهذا الشك لا أثر له بعد العلم بتحقّق الفسخ ، إذ لا أثر لكونه بهذا السبب أو بالسبب الأول ، كما أنّ اعترافه بفسخه سابقاً لا أثر له بحيث لا يصحّ منه إنشاؤه ثانياً بدعوى أنّه لغو ، لما عرفته من أثره ، هذا كلّه فيما إذا فسخ ثانياً .

وأمّا إذا لم يفسخ بانشائه ثانياً بل إنما اعترف بفسخه الذي هو فعل نفسه وأخبر عنه ، فهل يسمع ذلك الاقرار منه ولا يحتاج معه إلى إقامة البيّنة وغيرها من لوازم التداعي أو لا بل يحتاج إلى المحاكمة وإقامة البيّنة على فسخه ؟ الصحيح هو الأول ، وقد ذكروا في وجه ذلك أمرين وصحّحوه من جهتهما .

فتارةً يستدلّ على صحّة إقراره بالقاعدة التي ادعوا عليها الارتكاز كما يستفاد من بعض الأخبار(١) أيضاً وهي قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به وهذه القاعدة ممّا لا إشكال فيه في الجملة ، وإنما الخلاف في خصوصياتها ، وهذا كما في الولي إذا اعترف ببيع مال الصغير فإنه وإن لم يرجع إلى الاعتراف على نفسه إلّا أنه لمّا كان مالكاً لبيع الصغير ومتمكّناً منه كان اعترافه وإقراره به مسموعاً ومتّبعاً . وكذا في دعوى الزوج طلاق زوجته لأنه مالك لطلاقها ويتمكّن منه شرعاً فيسمع إقراره به بلا حاجة إلى بيّنة ونحوها ، ولا يسمع إنكار الزوجة طلاقه بوجه ، وفي المقام أيضاً نقول إنّ المشتري قد ملك فسخ العقد حسب الفرض وله أن يعترف بذلك ويسمع اعترافه به بلا حاجة إلى إقامة البيّنة بوجه .

وأُخرى يستدلّ على صحّة إقراره بالفسخ بوجه آخر لا من جهة القاعدة

---

(١) منها ما ورد في الوسائل ١٨ : ٢٨١ / أبواب بيع الحيوان ب ٢٦ .

المتقدّمة ، وهو أن يقال إنّ نفس إخباره عن فسخه فسخ وإنشاء له ، لا بمعنى أنّ الإخبار إنشاء لأنّهما لا يجتمعان ، فإنّ الإخبار متقوّم بقصد الحكاية والانشاء متقوّم بعدم قصدها ، بل بمعنى أنّ هذا الإخبار لازم لانشاء الفسخ فهو نظير المدلول الالتزامي للإخبار وإن لم يكن عينه ، فإنّ المدلول الالتزامي مدلول لمدلول الأخبار ، وأمّا الفسخ مدلول أي ملزوم لنفس الإخبار .

وهذا نظير ما ذكروه في رجوع الزوج في أيّام العدّة فإنّه إذا اعترف برجوعه يكفي ذلك في الرجوع بمعنى أنه بنفسه رجوع ، إذ لا يعتبر في الرجوع إلّا الرضا بالزوجية وإظهار ذلك الرضا والاعتراف والإخبار بالفسخ والرجوع يظهران رضاه القلبي ويبرزانه ، فيكفيان في الرجوع بمعنى أنه بنفسه يكون مصداقاً للرجوع ، وكذلك الحال في المقام فإنّ الفسخ ليس إلّا عبارة عن رضاه بحلّ العقدة القلبية ، وإظهار ذلك الرضا واعترافه وإخباره بالفسخ يظهران رضاه بحلّ العقدة فيكونان مصداقاً للفسخ ، وهذا من غير فرق بين كونه صادقاً في اعترافه وإخباره وكونه كاذباً فيه كما إذا أقرّ بكذبه بعد ذلك فإنّ مجرد الإخبار ولو عن كذب يكون مصداقاً للفسخ كما مرّ .

ولعلّ هذا مراد شيخنا الشهيد (قدّس سرّه) على ما حكي عنه في الدروس بقوله : ويمكن جعل إقراره انشاءً[1] وإلّا فلا معنى لاحتمال كون الاخبار انشاءً لأنّهما لا يجتمعان ، وعليه فلا محالة يكون اعترافه بالفسخ مسموعاً بلا حاجة إلى إقامة البيّنة عليه[2] هذا كلّه مع سماع اعتراف المشتري بالفسخ .

---

(١) الدروس ٣ : ٢٨٦ .

(٢) ومن ذلك يظهر الحال فيما إذا كان الاختلاف بعد انقضاء زمان الخيار فإنّه لا يجري فيه ⇐

وأمّا إذا فرضنا عدم سماع إقراره إمّا من جهة كون النزاع بعد مضي الخيار أو من جهة البناء على عدم سماع الاعتراف ولو مع بقاء الخيار أو لوجه آخر فاحتاج مدّعي الفسخ إلى البيّنة ، فإن أقام البيّنة على مدّعاه فهو ، وأمّا إذا لم يتمكّن من إقامتها ووصلت النوبة إلى حلف منكر الفسخ ففي هذه الصورة يختلف الحال ، لأنّ مدّعي الفسخ إن كان هو المشتري وكان البائع منكراً له فلا يجب عليه الحلف ، كما أنه ليس للمشتري إحلافه على عدم فسخ المشتري واقعاً بل لعلّه فسخها في داره ولكنّه لا أثر له بل يدّعي عدم علمه بفسخ المشتري وهذا كافٍ في انحلال الدعوى وعدم ثبوت الفسخ ، هذا فيما إذا ادعى المشتري الفسخ فقط لا علم البائع به .

وأمّا إذا ادّعى المشتري علمه بفسخه فله إحلاف البائع على عدم علمه بفسخه ، ففي هذه الصورة يحلف البائع على عدم علمه بالفسخ لا على عدم فسخه واقعاً لأنه غير عالم به . وأمّا إذا كان المدّعي للفسخ هو البائع وكان المشتري منكراً له لترقي القيمة السوقية ولم يتمكّن البائع من إقامة البيّنة على فسخ المشتري ووصلت النوبة إلى حلف المشتري المنكر للفسخ ، فيحلف على عدم فسخه واقعاً لأنّه فعله وهو عالم بعدمه ، لا أنه يحلف على عدم علمه به كما هو ظاهر ، هذا .

ثم إنه إذا لم يتمكّن المشتري مثلاً من إثبات الفسخ بوجه وحكمنا بلزوم المعاملة فهل يتمكّن من مطالبة البائع بالأرش ، لأنّ إنكاره الفسخ اعتراف باستحقاق المشتري للأرش ، أو أنه لا يتمكّن منه لأنّه باعتقاده يرى المعاملة مرتفعة بفسخه ؟

⇐ شيء من الوجهين المتقدّمين ، فيحتاج إثبات الفسخ إلى إقامة البيّنة عليه ولم يتعرّض له سيّدنا الأُستاذ باستقلاله ، فلا تغفل .

احتمل شيخنا الأنصاري(١) وجهين في المقام: أحدهما ثبوت مطالبته بالأرش لئلّا يخرج من الحقّين. وثانيهما: عدم الأرش لاعترافه بالفسخ وأنّه ليس له ذلك.

وعن الشهيد في الدروس(٢) أنّه احتمل استحقاق المشتري أخذ أقل الأمرين من الأرش وما زاد على القيمة السوقية من الثمن وتوضيحه: أنّه إذا اشترى المبيع بدينار وربع وكانت قيمته السوقية ديناراً واحداً، وحينئذ الأرش إمّا مساو مع تلك الزيادة أعني ربع الدينار أو أكثر منها أو أقل.

فإن كان مساوياً معها وبمقدارها فنقطع باستحقاق المشتري لها أعني الزيادة أي الربع، لأنّه إمّا فسخ المعاملة وصادق في دعوى الفسخ أو كاذب في دعواه، فعلى تقدير صدقه يستحق الثمن وهو دينار وربع والمفروض أنّ قيمته السوقية دينار فيستحق مطالبة الربع من البائع لأنّ الثمن أكثر من القيمة الواقعية بالربع، وعلى تقدير كذبه وعدم فسخه فيستحق الأرش لا محالة وقد فرضناه بمقدار الربع، فالربع ممّا يستحقّه المشتري على كل حال.

وأمّا إذا كان الأرش أكثر من الربع فنقطع باستحقاقه للربع إمّا لفسخه واستحقاقه الثمن وهو دينار وربع وقيمته دينار واحد، أو لأجل استحقاقه الأرش وهو أكثر من الربع، فالربع الأقل ممّا يستحقّه المشتري قطعاً، وأمّا الزيادة فلم تثبت لاعترافه بعدم استحقاقه الأرش وأنه فسخه.

وأمّا إذا كان الأرش أقل من الربع كما إذا كان درهمين فيقطع باستحقاقه لهذا الأقل على كلا تقديري الفسخ وعدمه، إمّا من جهة الفسخ واستحقاقه الثمن وهو

---

(١) المكاسب ٥: ٣٥٣.

(٢) الدروس ٣: ٢٨٧.

زائد عن القيمة الواقعية بربع دينار ، وإمّا للأرش وهو درهمان ، وأمّا الزائد عليهما فلم يبثت إذ لم يثبت الفسخ حسب الفرض ، فأقل الأمرين راجع إلى المشتري على أي حال (فيما إذا لم يتمكّن المشتري من إثبات الفسخ) .

وما أفاده الشهيد (قدّس سرّه) متين على تقدير مطالبة المشتري بالأرش من البائع ، وأمّا إذا لم يطالبه به فلا يثبت أرش على ذمّة البائع حتّى يقال بالقطع باستحقاق المشتري أقل الأمرين ، فلا يستحق الأرش لعدم المطالبة ولا الفسخ لعدم الثبوت ، لما تقدّم من أنّ الأرش غرامة يثبت بالمطالبة لا أنه دَين على ذمّة البائع من الابتداء حتى يأتي دعوى القطع بأقل الأمرين ، فما أفاده متين على تقدير مطالبة المشتري بالأرش وأمّا مع عدمها فلا يستحق شيئاً كما عرفت .

المسألة الثانية : ما إذا اتّفقا على أنّ للمشتري الخيار واتّفقا أيضاً على أنّ المشتري قد فسخ ولكنّهما اختلفا في زمان الفسخ وأنه هل كان في زمان الخيار كأوّل الوقت بناء على الفورية ، أو في زمان بقاء العين حتى يكون مؤثّراً ، أو أنه كان بعد انقضائه لفوات الفور أو لأجل تلف العين حتى لا يكون مؤثّراً .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ هذه المسألة نظير مسألة ما إذا اختلف الزوج والزوجة في زمان الرجوع وأنه هل وقع في زمان العدّة حتى يؤثّر أو بعد انقضائها حتّى لا يؤثّر ، وقد أجرى (قدّس سرّه) في المقام كلّاً من الاستصحاب الموضوعي أعني استصحاب عدم حدوث الفسخ في زمان الخيار ، والاستصحاب الحكمي وهو استصحاب بقاء العقد وملكية المال للمشتري ، ولم يعلم وجه الجمع بينهما ، لأنّ الاستصحاب الموضوعي إن صحّ جريانه في المقام فلا يبقى معه مجال لاستصحاب الحكم ، وإن لم يجر الأصل الموضوعي فالحكمي وإن صح في حدّ نفسه

(١) المكاسب ٥ : ٣٥٤.

إلّا أنه لا وجه لاجراء الموضوعي حينئذ ، ثمّ احتمل (قدّس سرّه) جريان أصالة الصحة في الفسخ حيث إنّهما يتنازعان في أنّ الفسخ صحيح مؤثّر أو فاسد وغير مؤثّر ، وإذا شككنا في صحة عقد أو إيقاع فلا محالة نحمله على الصحيح وبها نحكم بنفوذ فسخ المشتري .

ثم ذكر أنه لو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد مع الاتّفاق على زمان الفسخ فلاستصحاب عدم العقد إلى الزمان القريب من الفسخ حتى يصح الفسخ وجه . مثلاً إن اتّفقا على وقوع الفسخ يوم الثلاثاء واختلفا في أنّ العقد هل وقع في نفس اليوم كي يكون الفسخ فورياً وواقعاً في زمان الخيار بناءً على فورية الخيار ، أو فيما قبله من الأيّام حتّى يلغو الفسخ لوقوعه بعد انقضاء الخيار فيستصحب عدم وقوع العقد إلى يوم الثلاثاء ويصح الفسخ ، ولكن يضعّف بأنّ هذا الاستصحاب لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان حتى يصح . هذه خلاصة ما أفاده في المقام ، وتحصّل منه عدم نفوذ الفسخ عنده في هذه المسألة .

واعلم أنّ هذه المسألة سيّالة بمعنى أنها لا تختص بالمقام بل تجري في كل متعلّق أو موضوع مركّب من أمرين علمنا بوجودهما وشككنا في أنّ وجود أحدهما هل كان في زمان وجود الآخر أو أنه كان بعد زمان وجوده .

أمّا المتعلّق نظير الصلاة والطهارة فيما إذا علمنا بأنّ المصلّي كان متطهّراً قبل الصلاة ثم علمنا بصدور الصلاة منه كما علمنا بصدور حدث منه وشككنا في أنّ الحدث هل وقع بعد الصلاة حتى تصح الصلاة لوقوعها في زمان الطهارة أو أنّ الحدث وقع قبل الصلاة كي تبطل الصلاة لعدم تحقّقها في زمان وجود الطهارة ولابدّ من فرض هذا المثال فيما إذا لم تجر قاعدة الفراغ كما إذا علم بغفلته حين الصلاة مثلاً .

أمّا الموضوع فهو كالمقام وكرجوع الزوج في زمان العدّة ونظير رجوع المرتهن في إذنه في بيع العين المرهونة إذا اختلفا في أنه رجع عن إذنه قبل بيع العين أو

بعده ، ونظير الفسخ في زمان بقاء خيار المجلس أو الحيوان إذا اختلفا في أنّ الفسخ وقع قبل انقضائه أو بعده ، وقد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري ذهب في جميع المسائل المتقدّمة إلى البطلان وعدم صحة الفسخ أو الرجوع أو الصلاة كما مرّ .

وذكر السيّد في حاشيته(١) أنّ الحكم في جميع تلك المسائل هو الصحة ونفوذ الفسخ والرجوع وصحة الصلاة من جهة أنّ أحد جزأي المتعلّق أو الموضوع محرز بالوجدان والجزء الآخر بالأصل ، مثلاً الصلاة ممّا نعلم بوجوده بالوجدان ونشك في تحقّق الطهارة معها وارتفاعها والأصل بقاء الطهارة حين الصلاة ، أو الأصل عدم حدوث الحدث قبل الصلاة .

ونقول في المقام : إنّ الفسخ محرز بالوجدان وأمّا بقاء الخيار فيثبت بالاستصحاب لأصالة عدم ارتفاع الخيار في زمان الفسخ ، ولا يعارض هذا الاستصحاب بما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من استصحاب عدم تحقّق الفسخ في زمان الخيار ، لأنّ هذا الأصل لا أثر له ولا يثبت وقوع الفسخ بعد الخيار ، لأنّه من اللوازم العقلية للمستصحب ، وهذا ظاهر .

وتوهّم جريان الاستصحاب في نفي موضوع الأثر كالفسخ في زمان الخيار أو الصلاة في زمان الطهارة ، لأنّ المؤثّر ليس هو طبيعي الفسخ أو الصلاة بل خصوص الفسخ الواقع في زمان الخيار أو الصلاة الخاصة الواقعة في زمان الطهارة وحيث إنّا نشك في تحقّقه فالأصل عدم تحقّق الفسخ الخاص أعني الواقع في زمان الخيار أو عدم تحقّق الصلاة المتخصّصة بالطهارة وبه يرفع الأثر ، مندفع بما ذكرناه غير مرّة من أنّ الموضوعات أو المتعلّقات المركّبة من جزأين أو أكثر لم يؤخذ فيها عنوان وتقيّد بوجه ، بل الظاهر من أدلّتها اعتبار تحقّق هذا الجزء في عين زمان الجزء

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ٩٥ من مبحث الخيارات .

الآخر ، فما دلّ على أنّ الطهور معتبر في الصلاة لم يدلّ على تقيّد الصلاة بكونها عن طهارة ، بل ظاهره اعتبار وجود الصلاة في زمان وجود الآخر أعني الطهور ، وكذا في المقام فإنّ ما دلّ على اعتبار بقاء الخيار في زمان الفسخ لم يدل على تقيّد الفسخ بكونه واقعاً في زمان الخيار بل غايته اعتبار وجود الفسخ في زمان وجود الخيار بمعنى أنّ المعتبر هو ذات الجزأين والمفروض أنّ كلتا الذاتين محرزتان إحداهما بالوجدان والاُخرى بالأصل ، ونفس الاستصحاب يقتضي كون الفسخ في زمان الخيار وأين لنا شك في بقاء الموضوع أو المتعلّق حينئذ حتى نستصحب عدمه ، إذ المفروض أنّ الموضوع ثابت بضمّ الوجدان إلى الأصل أو المتعلّق محرز بهما فلا شك في وجودهما كي نرفعها بالأصل ، وكذا الحال في الصلاة فكما أنّا إذا كنّا شككنا في أثناء الصلاة في طهارتنا كنّا نستصحب الطهارة ونكتفي بتلك الصلاة في الامتثال كذلك الحال فيما إذا شككنا في طهارتنا بعد الصلاة ، والوجه في ذلك ما عرفت من أنّ المعتبر ذات الجزأين في زمان واحد وإحداهما محرزة بالوجدان والاُخرى بالأصل وعليه فنحكم بالصحة في جميع المسائل المتقدّمة ، هذا ما ذكره السيّد (قدّس سرّه) في المقام ، وهو وما أفاده شيخنا الأنصاري في طرفي النقيض .

والصحيح في المقام هو التفصيل وبيان ذلك : أنّ الشك[1] في تحقّق أحد الجزأين في زمان الجزء الآخر تارةً فيما إذا لم يكن وجود الجزء الآخر محدوداً معيّناً بل هو بحيث يبقى إلى آخر الأبد إذا لم يرفعه رافع ونشك في رافعه ولأجل ذلك نشك

---

(١) وبعبارة اُخرى : أنّ الجزأين اللذين اعتبر اجتماعهما في زمان واحد تارة يكون كلاهما زمانياً كالطهارة والصلاة واُخرى يكون أحدهما زماناً والآخر زمانياً نظير الفسخ في خيار الحيوان الذي هو ثلاثة أيام أو رجوع الزوج في العدّة التي هي زمان ، وغيرهما من الأمثلة ، كذا أفاده في المرّة الثانية .

في سعة وجود ذلك الجزء وضيقه . وأُخرى يكون الشك المذكور فيما إذا كان وجود الجزء الآخر محدوداً معيّناً لا نشك في سعته وضيقه .

أمّا الأول فكالطهارة فإنّ وجودها غير محدود بشيء ويبقى إلى آخر الأبد لو لم يطرئها رافع ، وحيث يشك في حدوث الحدث قبل الصلاة أو بعدها فلا محالة يحصل لنا الشك في سعة تلك الطهارة بحيث تعم حال الصلاة وضيقها وعدم شمولها لحال الصلاة ، ففي هذه الموارد متعيّن ما ذكره هذا القائل ، لأنّ وجود الصلاة محرز بالوجدان وسعة الطهارة وشمولها لحال الصلاة بالأصل فيتم كلا الجزأين ، وحينئذ لا يبقى لاستصحاب عدم تحقّق الصلاة الخاصة مجال بل يكون غلطاً حينئذ ، لما عرفت من عدم أخذ العنوان والتقيّد في الصلاة وإنّما الدليل دلّ على اعتبار وجود الصلاة في زمان وجود الطهارة والمفروض أنّا عالمون بتحقّق الصلاة في زمان وجود الطهارة بالوجدان والتعبّد ، فلا شك في وجود المتعلّق أو الموضوع حتى يجري استصحاب عدم تحقّق الموضوع الخاص .

وبالجملة : فإن أراد شيخنا الأنصاري في هذه الموارد استصحاب عدم الجزء فقد عرفت أنّ أحدهما محرز بالوجدان والآخر بالأصل ولا شك لنا في تحقّقهما ، وإن أراد استصحاب عدم المجموع أعني الصلاة المتخصّصة بالطهارة فقد مرّ أنّ المجموع بهذا العنوان لم يقع متعلّقاً لحكم ولا موضوعاً له وإنما الدليل اعتبر وجود ذاتهما في زمان واحد وقد علمنا بهما بالوجدان والتعبّد .

والمتحصّل : أنّ الجزأين إذا كان كلاهما زمانياً كما هو الحال في الطهارة والصلاة فلا محالة يجري فيه استصحاب أحدهما ، وحيث إنّ الآخر محرز بالوجدان فبه يلتئم كلا جزأي الموضوع ، لأنّ المستفاد من لسان الدليل ليس إلّا اعتبار كون أحدهما موجوداً في زمان وجود الآخر وأمّا الأزيد من ذلك فلا ، والمفروض أنّ وجود الصلاة محرز بالوجدان في زمان ، وكون هذا الزمان زمان الطهارة قد أُحرز

بالاستصحاب ، فالاستصحاب يثبت أنّ هذا الزمان زمان الطهارة وأنّها لم ترتفع في هذا الزمان ، وإيقاع الصلاة في زمان حكم الشارع بكونه زمان الطهارة وجداني فيتحقّق كلا الجزأين وحينئذ لا يبقى لنا شك في تحقّق الصلاة في زمان الطهارة حتى يتمسّك باستصحاب عدم تحقّق الصلاة في ذلك الزمان ، لأنّك عرفت أنّ تحقّق الصلاة في زمان الطهارة وجداني ومن هنا لا يفرق الحال بين المثال وبين ما إذا شككنا في بقاء الطهارة قبل أن ندخل في الصلاة فإنّ استصحاب الطهارة يثبت أنّ الزمان زمان الطهارة فنوقع الصلاة في ذلك الزمان بالوجدان ، فهل يتوهّم أحد حينئذ أن يتمسّك باستصحاب عدم تحقّق الصلاة في زمان الطهارة .

وبالجملة : أنّ الجزأين الزمانيين لما لم يستفد من دليلهما سوى اعتبار أن يكون زمان واحد جامعاً لهما ، وبعبارة أُخرى لا يستفاد من اعتبار الطهارة في الصلاة إلّا كون المصلّي متطهّراً (فكونه مصلّياً يثبت بالوجدان وكونه متطهّراً بالاستصحاب) أمكن إحراز أحدهما بالوجدان والآخر بالأصل ، هذا في الطهارة والصلاة .

ولا يبعد أن يكون الفسخ في خيار المجلس أيضاً من هذا القبيل ، لأنّ المستفاد من دليله هو اعتبار أن يكون الفسخ ما دام لم يفترقا ، فأحد الجزأين عدم الافتراق والآخر هو الفسخ ، والمفروض أنّ الفسخ محرز بالوجدان وأمّا عدم افتراقهما فيحرز بالأصل ، فنعلم بالوجدان بايقاع الفسخ في زمان حكم الشارع فيه بعدم الافتراق ، ومعه لا يبقى مجال لاستصحاب عدم تحقّق الفسخ في زمان عدم الافتراق ، وذلك لأنّ الدليل دلّ على اعتبار أن يكون هذان الأمران موجودين في زمان واحد والمفروض إحرازهما في زمان بالوجدان والأصل ، ومن هنا لو كان أحد المتبائعين أعمى أو كانا في ليل مظلم وشك في افتراق الآخر وعدمه له أن يفسخ تمسكاً باستصحاب عدم الافتراق .

ومن هذا القبيل أيضاً مسألة رجوع المرتهن عن إذنه فإنه لم يعتبر في صحة البيع إلّا بيع الراهن في زمان عدم رجوع المرتهن ، والأول أُحرز بالوجدان والثاني بالاستصحاب ، وهكذا الحال في كل زمانيين لم يعتبر إلّا اجتماعهما في زمان من دون أخذ شيء آخر في لسان الدليل .

وأمّا الثاني أعني ما إذا كان الجزء الآخر محدوداً معيّناً بأن كان زماناً والآخر زمانياً نظير الفسخ في خيار الحيوان لأنّ الشرط فيه ثلاثة أيّام وهي زمان والفسخ زماني ، أو رجوع الزوج في عدّة الزوجة التي هي عبارة عن عدد من الأيّام وهي زمان ونحوهما ، فلابدّ في مثله من ملاحظة الدليل لنرى أنه دل على اعتبار أن يكون الزمان ظرفاً لذلك الجزء الآخر الزماني أعني اتّصاف كونه واقعاً في ذلك الزمان ، أو أنه لم يدل إلّا على اعتبار وجود الزمان ووجود ذلك الزماني بلا أخذ الظرفية والاتّصاف في البين ، فإن لم يدل الدليل إلّا على اعتبار وجودهما بلا اعتبار الظرفية ونحوها كما استظهرناه في مثل الصوم والصلاة لأنّ المستفاد من قوله تعالى **﴿أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾**[(١)] وقوله تعالى : **﴿أَقِمْ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ﴾**[(٢)] وقوله (عليه السلام) في بعض الأخبار[(٣)]، ما مضمونه « إنّ الصلاة لابدّ من تحقّقها قبل أن يغرب الشمس » ليس إلّا اعتبار الصيام وعدم الليل أو الصلاة وعدم غروب الشمس ، فإذا شككنا في بقاء الوقت فلنا أن نتمسّك باستصحاب عدم غروب الشمس ، والمفروض أنّ الصلاة قد وقعت في ذلك الزمان بالوجدان ، أو نتمسك باستصحاب عدم الليل والمفروض علمنا بأنّنا صائمون ، أو نستصحب بقاء

---

(١) البقرة ٢ : ١٨٧ .

(٢) الاسراء ١٧ : ٧٨ .

(٣) منها ما في الوسائل ٤ : ١٢٥ / أبواب المواقيت ب ٤ ح ٣ .

الليل فيما إذا شككنا في بقائه وبه نحرز كلا جزأي الموضوع أعني الصوم وعدم الليل والصلاة وعدم الغروب كما ذكرناه في القسم الأول مفصّلاً . وأمّا استصحاب عدم تحقّق الصيام في النهار أو عدم الليل أو عدم تحقّق الصلاة قبل الغروب فقد عرفت أنه لا يجري لعدم الشك في تحقّقهما لاحراز وجودهما بالوجدان كما مرّ .

وأمّا إذا دلّ دليلهما على اعتبار كون الزمان ظرفاً للزماني ففي مثله لا يجري استصحاب الزمان أصلاً ، لا أنه يجري ويعارض بأصالة عدم تحقّق الصلاة مثلاً قبل الغروب ، وذلك لأنّ الاستصحاب لابدّ فيه من أثر شرعي ولا أثر لاستصحاب الزمان في مفروض الكلام ، لأنّ استصحاب عدم الغروب لا يثبت أنّ الصلاة قد وقعت فيه أي اتّصافها بكونها قبل الغروب ، لأنّ استصحابه إنّما هو بمفاد كان التامة وهو لا يثبت الاتّصاف كما لا يخفى ، والمفروض أنّ الاتّصاف مأخوذ في لسان الدليل والاستصحاب لا يثبته إلّا على القول بالأصل المثبت ، لا أنه يجري ولكنه يعارض باستصحاب عدم تحقق الصلاة قبل الغروب .

ومن هنا يظهر أنّ في هذه الموارد إن كان لأصالة عدم تحقّق الصلاة قبل الغروب مثلاً أثر فلا محالة تجري بلا معارض ، وإلّا فلا يجري أصل في البين لعدم الأثر لكلتا الأصالتين حسب الفرض ، هذا .

وقد ذكرنا[1] تفصيل الكلام في استصحاب الزمان في بحث جريان الاستصحاب في الزمان والزماني ، وفيما ذكرناه هناك ما ينفع المقام فليراجع .

ثم إنّ ما ذكرناه في المقام لا يفرق فيه بين أن يكون الشك في تحقّق الفسخ في زمان الخيار ناشئاً من الشك في زمان العقد كما إذا علم تاريخ الفسخ وشك في أنّ العقد هل وقع يوم الثلاثاء حتى يكون الفسخ الذي علمنا بوقوعه يوم الجمعة واقعاً

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ١٤٧ .

بعد انقضاء الخيار في خيار الحيوان ، أو أنه وقع يوم الأربعاء حتى يكون الفسخ واقعاً قبل انقضائه ، وبين أن يكون الشك ناشئاً من الشك في زمان وقوع الفسخ كما إذا كان تاريخ العقد معلوماً . وكذا لا يفرق بين صورة كون أحدهما معلوم التاريخ والآخر مشكوكه ، وبين صورة كون كليهما مجهولي التاريخ ، ففي جميع هذه الصور يجري استصحاب بقاء الخيار ونحرز وقوع الفسخ في ذلك الزمان بالوجدان وبه نحكم بنفوذ الفسخ .

بقي الكلام في التمسك بأصالة الصحة في الفسخ وأنه هل يصح الاعتماد عليها في المقام وبها نحكم بتقديم قول المشتري لأنه يدّعي صحّة الفسخ أو لا ؟

والظاهر لا ، وذلك لما تقدّم في محلّه من أنّ أصالة الصحة في العقود والايقاعات وغيرهما كصلاة الميت وتغسيله وغيرهما من الواجبات وإن كانت جارية بلا خلاف ولا ينبغي الشك في جريانها فيها وبها نحكم بصحتها ونرتّب آثار الصحة عليها ، مثلاً إذا شككنا في صحة صلاة من يصلّي على جنازة أو يغسّلها فلا محالة نحملها على الصحيح وبها نحكم بعدم وجوب صلاة الميت أو تغسيله علينا ، أو إذا شككنا في صحة طلاق امرأة نحمله على الصحيح ونحكم بصحة تزويجها ، وكذا غير ذلك من الواجبات والعقود والايقاعات ، ولا يلزمنا إحراز صحتها بالوجدان .

إلّا أنّ هذه الأصالة المذكورة الجارية في الموارد المذكورة لم تثبت بدليل لفظي حتى نتمسك باطلاقه ، وإنما ثبتت بالسيرة القطعية المتّصلة بزمان المعصومين (عليهم السلام) لأنّ السيرة جرت على حمل تلك الأُمور على الصحة وترتيب آثارها عليها ، ولم يوجبوا على أنفسهم إحراز صحتها في سقوطها عن ذمّتهم كما في مثل الصلاة على الميت وغسله ، فمدرك أصالة الصحة هو السيرة .

نعم المدرك على حمل فعل المسلم على الصحيح الشرعي في مقابل الحرام

ثابت بدليل لفظي ، إلّا أنّه ينفي ارتكابه الحرام فقط ولا يقتضي ترتيب آثار الصحة عليه كما هو ظاهر ، فإذا كان المدرك للأصالة المذكورة هو السيرة فلا يمكن التمسك باطلاقه ولابدّ من الاقتصار على المتيقن والمتيقن من جريانها هو ما إذا أحرزنا أهلّية الفاعل وقابليته للعمل ، وأمّا مع الشك في أهلّيته فلا علم بثبوت السيرة فيه .

فإذا عقد شخص على امرأة بدعوى الوكالة عنها وأنكرت المرأة الوكالة ولأجله شككنا في قابلية العاقد وأهلّيته ، لا يبقى مجال للتمسك بأصالة الصحة وإثبات صحة العقد بها ، وأمثلة ذلك غير عزيزة .

وعليه ففي المقام لا يمكننا التمسك بأصالة الصحة للشك في قابلية الفاسخ وأهلّيته له ، لأنه إنّما يتمكّن منه في زمان محدود كثلاثة أيام في خيار الحيوان أو الآن الأول في غيره بناءً على الفورية ، ولا ندري أنه فسخه في ذلك الوقت أو في خارجه فنشك في أهلّيته ومعه لا علم بثبوت السيرة كما تقدّم .

فالمتحصّل أنّ الأصل منحصر بما ذكرناه فيكون قول المشتري في المقام ونظائره ممّا اُخذ ذات الجزأين في الموضوع أو المتعلّق هو المقدّم وهو المنكر ، هذا كلّه في هذه المسألة .

المسألة الثالثة : ما إذا اختلف البائع والمشتري في الفسخ من جهة دعوى المشتري الجهل بأصل الخيار أو بفوريته كما إذا اتّفقا على أنّ المشتري فسخه في زمان معيّن نفرضه بعد أربعة أيام من العقد ، ولكن المشتري يعتذر بأنّ الوجه في تأخيره جهله بأصل الخيار أو بفوريته وإلّا لفسخه في وقته ، والبائع يدّعي علمه بالحال . ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الأصل عدم علم المشتري لأنّه أمر حادث مسبوق بالعدم فالقول قول المشتري . ونقل عن بعضهم التفصيل بين صورة

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٥٤ .

دعوى المشتري الجهل بأصل الخيار فلا يسمع قوله ، لأنه خلاف الظاهر حيث إنّ ثبوت خيار العيب من الواضحات وقد قلنا بأنه ثابت ببناء العقلاء ، وصورة دعواه الجهل بفورية الخيار فيسمع دعواه لأنّها ممّا لا يعرفه العامّة بل بعض الخاصّة أيضاً هذا .

ولا يخفى أنّ هذا التفصيل الذي نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأنّ غاية كون الخيار أمراً معلوماً للعامّة حصول الظن بكذب مدّعي الجهل بالخيار ، وأمّا العلم فلا ، ومن الظاهر أنّ الظن لا دليل على اعتباره مع جريان الاستصحاب على خلافه ، فالحق ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من الرجوع إلى أصالة عدم العلم في كل من موردي دعوى الجهل بالخيار أو بالفورية ، وهذا ظاهر .

وإنّما الكلام في ثمرة هذا النزاع وأنّ دعوى المشتري الجهالة بالخيار أو بالفورية أيّ أثر يترتّب عليها حتى فيما لو صدّقه البائع في مدّعاه ، فإنّ المقام نظير غيره من الخيارات ، مثلاً إذا فسخ المشتري في خيار الحيوان أو المجلس بعد أربعة أيام أو بعد الافتراق بدعوى جهله بالخيار في المجلس أو في ثلاثة أيام فهل لجهله ذلك أثر حتى فيما علمنا بصدقه ، لأنّ الفسخ بعد زمان الخيار لا أثر له كان مع العلم أو بدونه ، والدليل دلّ على أنّ عدم الفسخ قبل الافتراق أو قبل مضي الثلاثة يوجب لزوم المعاملة كان مع العلم أم كان مع الجهل .

وكذلك الحال في المقام فإنّه لم يفسخ في زمان الخيار فلا يؤثّر فسخه ولو كان مع الجهل ، إذ لزوم العقد وعدم تأثير فسخه مستند إلى تقصيره في تعلّم أحكام المعاملة أو إلى قصوره ، وعلى أي حال لا يكون فسخه نافذاً فلا يبقى لهذه المنازعة أثر ، وكيف لا فإنّ النزاع المذكور إنّما يكون ذا ثمرة فيما إذا قلنا بأنّ الفورية مقيّدة بالعلم بها وحينئذ يدّعي البائع أنّك كنت عالماً بالخيار والفورية ولم تفسخ فسقط

خيارك والمشتري ينكر علمه ويدّعي جهله بهما حتى لا يسقط خياره، مع أنّ هذا أمر غير معقول، فإنّ أخذ العلم قيداً وموضوعاً في متعلّق نفسه مستحيل، فلا يعقل أن تكون الفورية مقيّدة بالعلم بها، وحيث لا يكون العلم مأخوذاً في الفورية فلا يكون لدعوى البائع علم المشتري بها وإنكار المشتري له ثمرة، هذا.

ولكن الظاهر أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو الصحيح، وذلك لأنّ تحديد الخيار بالفورية والآن الأول في المقام ليس نظير تحديد خيار المجلس بعدم الافتراق أو خيار الحيوان بثلاثة أيام، لأنّهما قد ثبتا بدليل لفظي وقد دلّ على أنّ الفسخ في غيرهما لا يكون مؤثّراً مع العلم كان أم مع الجهل كما تقدّم.

وأمّا تحديده بالفورية في المقام فلم يثبت بدليل لفظي وإنما ادّعاه من ادّعاه بدعوى أنّ عدم فسخه في الآن الأول كاشف عن رضاه بالعقد والمعاملة، فعدم فسخه كاشف عن إسقاطه الخيار، وقد ناقشنا في هذا الدليل سابقاً كما عرفت.

وهذا الوجه كما ترى إنما يتمشّى في مورد العلم بالخيار وبالفورية وأمّا مع جهله بأحدهما فلا يكون عدم فسخه كاشفاً عن إسقاطه الخيار أو عن رضاه بالمعاملة، ومن هنا لو كان المشتري نائماً أو مغمى عليه إلى سنة لا يمكن لمدّعي الفورية دعوى سقوط خياره، لأنّ ترك فسخه حينئذ لا يكشف عن رضاه بالمعاملة، وعليه فمدّعي العلم يريد أن يثبت أنّ عدم فسخك في الآن الأول كاشف عن إسقاطك الخيار وغرض المشتري نفي ذلك وأنّي كنت جاهلاً ولم اُسقط خيار نفسي فتترتّب الثمرة على نزاعهما، وهذا لا من جهة أنّ الفورية مقيّدة بالعلم بها حتى يقال إنه غير معقول، بل مقتضي الخيار موجود إلى الأبد وهو ثابت في نفسه مطلقاً بلا مدخلية للعلم والجهل، إلّا أنّ غرض مدّعي العلم أنّك أسقطت خيارك وأوجدت المانع عن ذلك المقتضي، وغرض المشتري نفي ذلك وأنّ المانع لم يتحقّق وخياري باقٍ، هذا تمام الكلام في اختلاف المتبائعين في الفسخ.

القول في ماهية العيب

حيث إنّ بعض الأخبار الواردة في المقام اشتملت على العيب والعوار احتاج الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) إلى تحقيق مفهومهما .

أمّا العوار : فعن الصحاح[١] على ما حكاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّه العيب ، فهو والعيب مترادفان كالإنسان والبشر أو كالمترادفين نظير الجيد والرقبة .

وأمّا العيب : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تحفّظاً على عبارات الفقهاء ومرسلة السيّاري[٣] التي دلّت على أنّ العيب هو كل ما زاد عن الخلقة أو نقص ، أنّه عبارة عن النقص عمّا تقتضيه الطبيعة الأوّلية ، فالصحة هي ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين الأفراد ، والعيب هو النقص عمّا تقتضيه الطبيعة الأوّلية وأمّا ما زاد عن مقتضاها فهو كمال نظير الكتابة والخياطة وغيرهما من الحرف والصنائع لأنّها اُمور زائدة عمّا تقتضيه طبيعة الإنسان فهي كمال ، كما أنّ العمى نقص وعيب لأنّ مقتضى الطبيعة الأوّلية في الإنسان أن يكون بصيراً فعدمه نقص وعيب .

ثم أفاد (قدّس سرّه) أنّ مقتضى الطبيعة الأوّلية في الشيء ربما يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الإنسان والحيوان فإنه يعلم أنّ العمى فيهما عيب ومعرفة الكتابة كمال ، واُخرى لا يعرف مقتضى الطبيعة الأوّلية من الخارج إلّا أنه يستكشف حينئذ بملاحظة أغلب الأفراد ، فإنّ وجود صفة في غالب الأفراد يكشف عن أنّها ممّا تقتضيه الطبيعة الأوّلية ، وأنّ الفرد الفاقد لها معيب ، ووجود الوصف في غالب

---

(١) الصحاح ٢ : ٧٦١ مادّة « عور » .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٥٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٩٧ / أبواب أحكام العيوب ب١ ح١ .

الأفراد وإن لم يوجب الحكم في الفرد المشكوك لأنّ الأفـراد ولو كـانت غـالبة لا تكشف عن حال الفرد الآخر ، إلّا أنّ ملاحظة أغـلب الأفـراد تكشـف عـن أنّ الوصف المتحقّق فيها ممّا يقتضيه أصل الطبيعة الأوّلية ، ومنه نستكشف أنّ الفـرد الفاقد لذلك الوصف ناقص كما تقدّم .

ثم ذكر أنّ مقتضى الطبيعة الأوّلية للشيء ربما يغاير حـال أغـلب الأفـراد ويرجّح حينئذ الثاني ويحكم للشيء بطبيعة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة والعـيب والكمال بالنسبة إليها ، ومثّل لذلك بالأرض حيث إنّ مقتضى طبيعتها الأوّلية أن لا يكون فـيها خـراج وضريـبة ، لأنّ الأرض كـلّها لله قـد جـعلها لجـميع النـاس وعامريها ، إلّا أنّ السلاطين والعقلاء قد جعلوا عـليها الخـراج ظـلماً ، أو عـدلاً كجعله في الشريعة المقدّسة لحفظ النظام وبذلك انقلبت طبيعتها الأوّليـة وصـارت الضريبة والخراج من مقتضيات الأراضي بالحقيقة الثانوية .

وعليه فإذا اشترى أرضاً ثم ظهر أنّ فيها خراج فلا يعدّ ذلك عيباً لأنه ممّـا تقتضيه طبيعتها الثانوية ، نعم لو كان خراج أرض زائداً على خراج أغلب الأفراد كما إذا كان خراجها ثلثاً مع أنّ الغالب في الخراج هو العشر لكان ذلك عيباً ، كما أنّ عدم الخراج في أرض من جهة رعاية السلطان لمالكها أو لتنظيمه كمال .

وكذا الحال في الثيبوبة في الإماء المجلوبة من دار الكفر ، لأنّ المرأة أمة كانت أم حرّة وإن كانت تختلف الرغبات العقلائية فيها بالبكارة والثيبوبة وأنّ البكارة ممّا يقتضيه أصل الخلقة الأوّلية إلّا أنّ الإماء التي تجلب من دار الكفر قد انـقلبت إلى حقيقة ثانوية وهي الثيبوبة فلا يكون ذلك في الإماء عيباً ، نعم لو كانت الأمة صغيرة لكانت الثيبوبة فيها عيباً ، لأنّ مقتضى الطبيعة الأوّلية والغـالب في الصـغيرة هـو البكارة ، كما أنّ البكارة في الأمة الكبيرة صفة كمال .

ثم أفاد أنّ مقتضى الطبيعة الأوّلية ربما يكون نقصاً وعـيباً ويـدور الصـحة

والعيب مدار الحقيقة الثانوية وهذا كالغلفة وعدم الختان فإنه ممّا يقتضيه الطبيعة الأوّلية للإنسان ، إلّا أنّ الحقيقة الثانوية في العبيد إذا كانت في بلاد الإسلام هو الختان فيكون فاقده معيباً ، نعم في العبد المجلوب من دار الكفر لا يعدّ الغلفة نقصاً وعيباً .

ثم احتمل (قدّس سرّه) احتمالاً آخر ، وهو أن يقال إنّ المدار في العيب والصحة على مقتضى الطبيعة الأوّلية في جميع الموارد ، وأنّ فاقده محكوم بالعيب ، وأمّا في الموارد المذكورة المتقدّمة كالخراج والثيبوبة ونحوهما ممّا لا يعدّ عيباً مع فقده لما يقتضيه الطبيعة الأوّلية فنلتزم فيها أيضاً بكونها عيباً إلّا أنّها ليست بعيب موجب للخيار ، لأنّ العيب إنّما يقتضي الخيار فيما إذا لم يعلم به المشتري ولم يتبرّأ منه البائع وأمّا مع شيء منهما فلا . وكون العيب موجوداً في أغلب الأفراد يمنع عن حمل إطلاق العقد على الالتزام بما يقتضيه الطبيعة الأوّلية ، بل يكون ذلك ببراءة ممّا يقتضيه الخلقة الأصلية والأوّلية ، ومع البراءة عنه لا يثبت الخيار ، فالنقص عن مقتضى الخلقة الأوّلية عيب إلّا أنه مع وجوده في أغلب الأفراد لا يكون العيب سبباً للخيار فالموضوع والمقتضي له أي للخيار موجود ، إلّا أنه لا يؤثّر لأجل البراءة (أو علم المشتري بالعيب) .

وتظهر الثمرة بين هذا الوجه والوجه السابق فيما إذا اشترط المشتري صفة البكارة في الأمة الكبيرة التي انقلبت طبيعتها إلى طبيعة ثانوية وهي الثيبوبة ثمّ ظهرت ثيّباً ، فإن بنينا على أنّ النقص عمّا تقتضيه الطبيعة الأوّلية عيب فتكون الأمة معيبة ونحكم بثبوت الردّ والأرش ، وإذا تصرّف فيها تصرّفاً مانعاً من الردّ يطالبه بالأرش والتفاوت بين قيمتي الباكرة والثيّب وذلك لأنّها معيبة ، والمفروض أنّ البائع لم يتبرّأ منه باطلاق العقد بل التزم بوجوده بمقتضى الاشتراط .

وأمّا إذا قلنا بأنّ العيب هو النقص عمّا يقتضيه حال أغلب الأفراد والطبيعة

الثانوية فالأمة لا تحكم بالعيب ولا يثبت للمشتري خيار العيب أعني الردّ والأرش ، بل يثبت له خيار تخلّف الشرط ويتمكّن من ردّها فقط أمّا مطالبة الأرش فلا ، وكيف كان فقد قوّى (قدّس سرّه) الوجه السابق وهو ملاحظة حال أغلب الأفراد ، وبه فرّق بين الأصناف إذا كانت طبائعها الأوّلية أو الثانوية مختلفة وحكم بلزوم ملاحظة الطبيعة في كل صنف بخصوصه بلا إسرائه إلى صنف آخر مثلاً إذا كان الخراج في الدار بالعشر وفي الدكّان بنصف العشر فلا يكون ذلك عيباً في الدار بدعوى أنّ الخراج في الدكّان بنصف العشر بل كل صنف يلاحظ بما له من الحقيقة الثانوية ، هذه خلاصة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولابدّ لنا من التكلّم في معنى الخلقة الأصلية والطبيعة الأوّلية لنرى أنّها ماذا وأنّ المراد بها في كلامه (قدّس سرّه) أي شيء فنقول : إن أراد (قدّس سرّه) بذلك ماهية الشيء كما هو الظاهر من مجموع كلامه بل وقد صرّح بلفظ الماهية أيضاً على ما هو ببالي وأنّ ما يقتضيه ماهية الشيء هو الذي يدور مداره الصحة والعيب ، ففيه أنّ الماهية لا يقتضي شيئاً غير الجنس والفصل ولا اقتضاء لها لغيرهما حتى يدور مداره العيب ، مثلاً ماهية الإنسان مركّبة من الحيوان وقوّة الإدراك المعبّر عنها بالنفس الناطقة ولا يقتضي تلك الماهية إلّا البدن فقط لمكان الحيوانية ، وأمّا العين أو اليد أو الرجل أو غيرها فكلّها ممّا لا تقتضيه ماهية الإنسان ، ولازمه عدم كون فقدها عيباً مع أنّها عيب بلا إشكال .

وبالجملة : أنّ مقتضى ماهية الإنسان ما عرفت ، لأنّ مثل كونه بصيراً أو سميعاً أو غير ذلك كلّها من أوصاف الكمال الزائدة على الماهية إنّما أعطاها الله سبحانه للإنسان تفضّلاً لقوله عزّ من قائل : **﴿فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعاً بَصِيراً﴾**[1] نظير البيان

---

(١) الإنسان ٧٦ : ٢ .

في قوله تعالى : ﴿خَلَقَ الْإِنسَانَ * عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾[(١)] وبالجملة أنّ هذه الأوصاف ممّا لا تقتضيه ماهية الانسان فإرادة الماهية من الطبيعة الأصلية غير ممكن .

وإن أُريد بها ما يلازم الماهية من الأُمور المعبّر عنها في كلمات الفلاسفة والأُصوليين بلوازم الماهية ، وأنّها هي التي تقتضيها الماهيات وهي المدار في الصحة والعيب ، فيدفعه : أنّ الماهية وإن كانت ربما يكون لها لوازم إلّا أنها مستحيلة التخلّف والانفكاك عن الماهية حتى يعدّ عيباً ، أترى أنّ الزوجية تنفك عن الأربعة وهي ممّا عدّوه من لوازم الماهية ، وهذا الاحتمال أيضاً ساقط وغير مراد .

فيتعيّن أن يكون المراد ما يقتضيه وجود الشيء والطبيعة في الخارج بأن يقال إنّ ما يقتضيه وجود الطبيعة هو الذي يدور مداره العيب والصحة ، فوجود طبيعة الإنسان يقتضي العين والسمع واليد والرجل ونحوها ففقدها يعدّ عيباً ، نعم إنّ وجوده لا يقتضي الكتابة مثلاً فوجودها يعدّ كمالاً ، وبالجملة فالمدار هو ما عليه الوجود الخارجي للطبيعة ، وهذا أمر معقول بحسب الثبوت .

إلّا أنّ الكلام فيه في مقام الاثبات ، لأنّا إذا فرضنا أنّ وجودات الإنسان كلّها واجدة للعين وأنّها بصيرة ولم نر في الخارج أعمى فرضاً فمن أين يمكننا إثبات أنّ العين والإبصار ممّا يقتضيه وجود طبيعة الانسان ، بل نحتمل أن يكون ذلك من مقتضيات تفضّل الله سبحانه على الانسان باعطاء العين في قوله : ﴿فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعاً بَصِيراً﴾[(٢)] نعم هذه الصفة من الممكنات فيحتاج في تحقّقها إلى مقتض وشرط وعدم المانع ، وأمّا جعل المقتضي لها وجود الطبيعة فلا برهان عليه حتى يحكم بأنّ عدمها عيب . وكذا الحال فيما إذا رأينا التفاحة حمراء ولم نر في الخارج تفاحة بيضاء فأنّا لنا

---

(١) الرحمن ٥٥ : ٣ ـ ٤ .

(٢) الإنسان ٧٦ : ٢ .

إثبات أنّ الحمرة ممّا يقتضيه وجود طبيعة التفاحة ولعلّها ممّا يقتضيه إشراق الشمس عليها ، هذا فيما إذا رأينا الوصف موجوداً في جميع الأفراد وقد عرفت أنه لا سبيل لنا إلى إثبات كونه من مقتضيات وجود الطبيعة فضلاً عمّا إذا رأينا التخلّف كثيراً كما في العمى فإنه كثير أو البياض في التفاحة ولعلّه ظاهر ، هذا كلّه .

على أنّا نعلم بأنّ العيب لا يدور مدار مقتضى وجود الطبيعة ، بل ربما يكون عدم وصف من العيوب مع أنه ممّا لا يقتضيه وجود الطبيعة وهذا كما في الصنائع المخلوقة لصانعيها كالفرش فإنّ بعض أطرافه إذا كان أعرض من طرفه الآخر كما إذا كان عرضه في الوسط متراً وفي الآخر متراً ونصفاً (المعبّر عنه بالقناص) فإنه عيب في الفرش مع أنّ الفرش لا يقتضي وجود طبيعته شيئاً لأنه بيد ناسجه ينسجه كيف ما أراد ، فلا اقتضاء لوجود طبيعتها حتى يكون هذا عيباً لأنه فاقده .

أو فرضنا أنّ ألوانه غير متناسبة ، أو أنّ نقوشه مختلفة فبعضها كبيرة وبعضها الآخر صغيرة ، فإنّ الفرش يكون معيباً حينئذ مع أنه ممّا لا يقتضي وجوده شيئاً ، إذ لا طبع له ليقتضي أو لا يقتضي ، فإنّ المصنوع بيد صانعه ينسجه كيف ما شاء . وكذا الدار إذا بناها وجعل مبالها في وسط الغرفة فإنّ الدار معيبة حينئذ ، أو إذا جعلها بأجمعها غرفة واحدة ، أو بنى فيها غرفاً كثيرة إلّا أنّ كل واحدة منها لا يسع إلّا نفراً واحداً ، فإنّ كل ذلك يوجب تعيّب الدار مع أنّ الدار ممّا لا يقتضي وجود طبيعتها شيئاً ، إذ لا طبيعة للدار فإنها من المصنوعات ، وما أفاده لو تمّ فإنّما يتمّ فيما كوّنه الله سبحانه من الطبائع دون صنائع المخلوقات ، وقد عرفت أنّ كلامه فيما خلقه الله تعالى أيضاً غير تمام ، هذا كلّه فيما أفاده من جعله المناط ما تقتضيه الطبيعة الأوّلية .

وأمّا غلبة الأفراد فقد ظهر ما فيه ممّا تقدّم فإنّ الشيء إذا لم يثبت له اقتضاء بحسب وجوده فكون غالب الأفراد على صفة كيف يكشف عن أنّ الوصف ممّا يقتضيه أصل الطبيعة أو وجودها .

وخلاصة ما ذكرناه في الجواب : أنّ الخلقة الأصلية لا يمكن حملها على الماهية المشتركة بين الأفراد ، لأنّ الماهية لا تقتضي شيئاً ولا معنى لاقتضاء الماهية شيئاً إلّا بارادة لوازم الماهية وقد عرفت أنها مستحيلة الانفكاك عن الماهية كزوجية الأربعة فلا يمكن إرادتها في المقام ، لأنّ الكلام في وصف زال عن الشيء وأوجب فقده العيب وهذا لا يتصوّر في لوازم الماهية .

ثم لا ملزم على التحفّظ بعبارات الفقهاء ، كما لا وجه للمحافظة على مرسلة السيّاري ، إذ لا حجّية فيها لضعف في نفس السيّاري ، وببالي أنّا تعرّضنا لحالاته في التفسير[1] لأنّ أكثر روايات التحريف من السيّاري ، وضعف في نفس الرواية لأنّها مرسلة ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّ الالتزام بانحصار العيب فيما زاد على الخلقة الأصلية أو نقص عنها كما في المرسلة خلاف المشاهد بالوجدان ، لأنّ ظاهرها أنّ كل ما تقتضيه الخلقة كاليدين في الإنسان يكون الزائد عنه كمن له ثلاثة أيد أو الناقص عنه كمن له يد واحد عيباً مع أنّ العيب لا ينحصر بذلك كما مثّلنا بالمصنوعات ، وكما في إباق العبد أو كونه سارقاً أو زانياً أو سيّئ الخُلق أو كونه بصدد قتل مولاه ، فإنّ كل ذلك عيب مع أنّ الخلقة لا تقتضي شيئاً منها ولا عدمها ، وعليه فلا وجه للتحفّظ على مرسلة السيّاري ولا لما تكلّفه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من جعله الخلقة والطبيعة أوّلية وثانوية .

فالصحيح في المقام أن يقال : قد عرفت من مطاوي ما ذكرناه في بحث خيار العيب وغيره أنّ العقلاء إنّما يبذلون المال بازاء الأشياء والطبائع بداعي أوصافها ومنافعها وفوائدها القائمة بها بحيث لولا تلك الأوصاف والمنافع لم يدفعوا

---

(١) لاحظ البيان في تفسير القرآن (موسوعة الإمام الخوئي ٥٠) : ٢٣٢ ـ ٢٣٣ .

المال بازاء الطبيعة الخالية ، ففي الحقيقة يبذلون الأموال في مقابل تلك الأوصاف والمنافع ، لا بمعنى أنّ المال يقع بازاء تلك الأوصاف أو المنافع ، بل المعاملة تقع بين المال ونفس العين إلّا أنّ مالية العين قائمة بتلك المنافع والأوصاف ، لأنّ الحنطة البيضاء تسوى بأكثر ممّا تسوى به الحنطة السوداء ، وكذا الحال في الأُرز بحسب اختلافها في الأوصاف .

ثم إنّ تلك الأوصاف والمنافع المقوّمة لمالية المال على قسمين : فقسم منها ممّا لا يحتاج إلى البيان والاشتراط بل بناء العقلاء في كل مكان على وجوده فكان تحقّقه ووجوده في المبيع مفروغ عنه عندهم ، والقسم الآخر ما لا يكون وجوده مفروغاً عنه عند نوع العقلاء وإنما يرغب إليه شخص المشتري أو البائع فيشترطه في المبيع كاشتراط كون الأُرز من قسم الداني لقلّة ثمنه أو لكونه موافقاً لغرضه ، لأنّ جميع المتعاملين لا يرغبون في القسم العالي ، وهذا ظاهر .

ثم إنّ متعلّق المبيع والمعاملة إذا كان مشتملاً على جميع الأوصاف التي يرغب فيها نوع العقلاء أو شخص المشتري أو البائع إلّا أنّ قيمته كانت أكثر ممّا يسوى به في السوق ، فهذا هو مورد خيار الغبن وقد عرفت حكمه وأنه من جهة الارتكاز يوجب الخيار ، وأمّا إذا كانت قيمته مساوية لما يسوى به في السوق إلّا أنّ العين لم تكن واجدة للوصف الذي يرغب فيه شخص المشتري أو البائع فيكون هذا من قبيل خيار تخلّف الشرط وقد تقدّم أيضاً ، وأمّا إذا لم تكن العين واجدة للوصف الذي يرغب فيه نوع العقلاء ويأخذونه مفروغاً عنه في المبيع فيكون ذلك من خيار العيب ، وعليه فالمناط في العيب هو ما يراه العقلاء عيباً وقد عرفت أنه يتحقّق في الأوصاف التي يرغب فيها العقلاء وكأنّها مفروغ عنها في المبيع فيكون فقد تلك الأوصاف موجباً للعيب ، وربما تكون الزيادة عيباً ، والجامع هو النقص عمّا يراه العقلاء لازماً في المبيع بجعل المبيع بشرط شيء أو بشرط لا (حتى يرجع الزيادة إلى

النقص) فتكون مثل الثيبوبة في الإماء المجلوبة من دار الكفر غير محكومة بالعيب لأنّ البكارة في مثلها ليست مفروغاً عنها عند العقلاء حتى يكون فقدها عيباً ، وأمّا مثل كون العبد آبقاً أو سيّئ الخُلق أو كونه بصدد قتل مولاه ليشرد فهو عيب ، لأنّ عدمها مفروغ عنه عند العقلاء ، ونظيره كون الرقي المشترى فاسداً وهكذا .

ثم إنّ ذلك ممّا لا يفرق فيه بين الأوصاف الأصلية والعرضية كما تقدّم ، بل المناط كون وجود الوصف في المبيع مفروغاً عنه عند العقلاء ، فإذا اشترى كتاباً قد ذهبت قوّة أوراقه من كثرة بقائه في موضع رطب بحيث يتمزّق عند وضع اليد عليها فإنه يعدّ عيباً عند العقلاء ، وكذا كون العبد سارقاً أو آبقاً ، وهذا ظاهر (فلا يختص العيب بالأوصاف الذاتية الخلقية) .

ثم لا يخفى أنّ المراد بالعيب هو العيب في مقام المعاملة والبيع لا العيب في الموجود بما هو موجود ، فإنّ وجود وصف أو فقده ربما يعدّ من العيب عند العقلاء في نفس ذلك الشيء إلّا أنه ممّا لا يوجب نقصاً في القيمة في مقام البيع وهكذا كما إذا كان للعبد يد ثالثة قد خرجت من ظهره فإنه عيب في العبد بلا كلام إلّا أنه لا ينقص قيمته فيما إذا لم يمنع عن قوّته وعمله ، وكذا إذا كانت أعضاؤه أو بدنه أسود لحرق ونحوه فإنه عيب ولكنه لا يوجب نقص قيمته ، فإنّ المطلوب من العبد هو العمل ولا يطلب منه عدم كونه ذا عضو زائد أو عدم كونه أسود . نعم هذان يمنعان في الأمة فيوجبان نقص قيمتها فإنّ اليد الثالثة يوجب استنكار هيئتها ومانعاً عن الرغبة فيها ، بخلاف العبد فإنّ المطلوب منه هو العمل والمفروض أنّ وجود عضو زائد في ظهره لا يمنعه عن القيام بوظيفة العبودية ، وأمثال هذه العيوب خارجة عن محل الكلام ومثلها لا يوجب الخيار ، وذلك لأنّ الروايات قد جعلت الخيار مردّداً بين الردّ وأخذ الأرش ، ففيما لا يعقل فيه هذا التردّد لعدم الأرش لا يثبت فيه الخيار ، والمفروض في المقام أنه لا فرق في قيمة العبد بين كونه ذا يد ثالثة في ظهره

وعدمه وحيث لا أرش فلا يثبت فيه الخيار ، ومن هنا يظهر الوجه في عدم عدّهم كفر العبد من العيوب الموجبة للخيار مع أنه من أظهر أفراد العيب ولا يتصوّر عيب فوقه ، إلّا أنه عيب في نفس العبد لا فيه بما أنه مبيع ، فإنّ قيمة العبد لا تختلف بكفره وإيمانه ولا يوجب النقص في العبودية .

والمتلخّص من جميع ذلك : أنّ العيب عبارة عن نقص الوصف القائم بالشيء الذي له دخل في ماليته عند العرف والعقلاء ، والمراد بالنقص أعم من الزيادة (بإرادة النقص أعم من النقص الحقيقي أو النقص عمّا أُخذ في الشيء بشرط لا) وليس المدار على النقص عن الخلقة الأصلية ، لأنّ مرسلة السيّاري ضعيفة مضافاً إلى عدم انحصار العيب به كما عرفت في مثل الإباق ونحوه ممّا لا ربط له بالخلقة حتى أنّ بعض الروايات قد نصّ على كون الإباق عيباً مع أنه غير راجع إلى النقص عن الخلقة ، فكل وصف قائم بالشيء ويراه العرف والعقلاء دخيلاً في ماليته ويأخذون وجوده فيما يبذلون بازائه المال مفروغاً عنه ، يكون فقده ونقصه عيباً .

ومن ذلك يظهر أنّ الخصاء في العبيد والثيبوبة في الإماء المجلوبة من بلاد الكفر عيب ، وذلك لأنّ وصف البكارة في الإماء ممّا له مدخلية في قيمتها عند العقلاء والعرف ، فيكون فقدها نقصاً وعيباً ، ولا تكون غلبة الثيبوبة في الإماء المجلوبة من بلاد الكفر موجبة لخروجها عن العيب ، لأنّ البكارة القائمة بالإماء دخيلة فيما يبذلونه العقلاء من المال في مقابلها فعدمها عيب ، نعم غلبة الثيبوبة في المذكورات توجب خروجها عن حكم العيب فلا يوجب تخلّفها خيار العيب ، لأنّ غلبتها توجب علم المشتري بعدم بكارتها أو توجب التبرّي عن عيب الثيبوبة فلا يثبت معها خيار العيب ، إلّا أنّ كونها عيباً ممّا لا ينبغي التأمّل فيه .

وعلى ذلك يحمل ما ذهب إليه الفقهاء من عدم كون الثيبوبة في الإماء المجلوبة من بلاد الكفر عيباً ، فمرادهم أنّها لا توجب ثبوت أحكام العيب لا أنّها خارجة

عن موضوعه .

وممّا يشهد على ما ذكرناه : ما ذكره المحقّق الثاني في جامع المقاصد[1] أو نقله عن العلّامة من أنّ الثيبوبة إنّما تكون عيباً فيما إذا لم يعلم المشتري بأنّها مجلوبة من بلاد الكفر لا مطلقاً ، فإن علم المشتري بكونها مجلوبة من دار الكفر وعدمه ممّا لا يعقل أن يكون موجباً لتعيّبها وعدمه ، فإنّ العلم طريق لا موضوعية له ، فلا محالة يريد بذلك أنّ ارتفاع أحكام العيب عن الثيبوبة مشروط بعلم المشتري بأنّ الأمة من الإماء المجلوبة من دار الكفر حتى يعلم أنّ الغالب فيها هو الثيبوبة ، وأمّا مع عدم علمه بالحال أو اعتقاده بأنّها من الإماء المتولّدة في بلاد الإسلام فلا يعلم بغلبة الثيبوبة فيها كما لا يخفى فيثبت لها أحكام العيب .

فالمتحصّل : أنّ الغلبة أو الخلقة الأصلية ليستا مناط العيب وعدمه ، بل المناط فيه هو كون الوصف ممّا له مدخلية في مالية الشيء بحسب بناء العقلاء كانت الغلبة على وفقه أو لم تكن ، ومن هنا لو فرضنا سنة تعيّبت فيها الثمرات لأجل الحرّ أو البرد الشديدين بحيث لا يوجد الصحيح إلّا نادراً كما قد يتّفق ذلك في المركّبات من الليمون والبرتقال ، لا يمكن أن يقال إنّ الثمرات ليست معيبة ، لأنّ الغالب فيها ذلك ، وهذا ظاهر .

ثم إنّه قد اتّضح من جميع ذلك : أنّ مرادنا بالعيب في هذا المقام أعني خيار العيب وبيان معنى قوله (عليه السلام) « أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب » الخ[2] هو العيب في مقام البيع والمالية أي فقد الوصف الدخيل في ماليته ، وأمّا العيب غير الموجب لنقصان المالية فلا يوجب الخيار ولو مع صدق العيب عليه لغة ، لأنّه ناقص

---

(١) لاحظ جامع المقاصد ٤ : ٣٢٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح٢ .

أو زائد عن الخلقة الأصلية فهو خارج عن محل الكلام ، فمثل الخصاء في الديك أو وجود يد زائدة في العبد غير المانع عن وظيفته كما تقدّم خارجان عن محل الكلام ولا يثبت بتخلّفه الخيار أعني خيار العيب ، نعم إطلاق العقد يقتضي أن يكون الفرد المتعلّق عليه البيع نظير سائر الأفراد من حيث الوصف فيثبت بتخلّفه خيار تخلّف الشرط دون خيار العيب ، إلّا أنّ الظاهر أنّ هذا البحث أعني كون الخيار الثابت له خيار تخلّف الشرط أو خيار العيب ممّا لا يترتّب عليه ثمرة ، وذلك لأنّ الأرش لا يثبت في المقام لعدم التفاوت في قيمة المال بين صحيحه ومعيبه ، وأمّا مجرد الردّ فهو ممّا لا يترتّب على كونه من جهة العيب أو تخلّف الشرط ثمرة .

وربما يتوهّم كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) ثبوت الثمرة على كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلّف الشرط في موردين :

أحدهما : فيما إذا تصرّف المشتري في المال أو حدث فيه عيب آخر أو تلفت العين بنفسها ، فإنّ الخيار لو كان هو خيار العيب فلا محالة يسقط حينئذ فلا يبقى له خيار لأنّها من مسقطات الردّ كما تقدّم ، وأمّا إذا كان الخيار خيار تخلّف الشرط فلا وجه لسقوط خياره ، لأنّ حدوث الحدث أو تلف العين لا دليل على كونه موجباً لسقوط خيار تخلّف الشرط ، هذا .

وقد أجاب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عن هذه الثمرة بقوله فتأمّل والظاهر أنّ مراده (قدّس سرّه) من ذلك هو أنّ الخيار في المقام لا يسقط على كلا التقديرين . أمّا على تقدير كون الخيار خيار تخلّف الشرط فلما عرفت ، وأمّا بناءً على أنه من خيار العيب فلأنّ إسقاط المذكورات لخيار العيب أمر على خلاف القاعدة فيكتفى فيه بمقدار ثبت فيه النص وهو إنما دلّ على كونها مسقطاً للخيار فيما

(١) المكاسب ٥ : ٣٥٩.

إذا ثبت للمشتري الأرش فحكم (عليه السلام) بأن يأخذ الأرش ولا يردّه لما حدث فيه من العيب أو التلف ، وأمّا مع عدم تحقّق الأرش كما في المقام فلا دليل على أنّ المذكورات تسقط الردّ لأنه على خلاف القاعدة كما مرّ ، وهذا الوجه لا بأس به .

وثانيهما : ما إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض أو في زمان خيار المشتري فإنه على تقدير كون الخيار خيار عيب يثبت للمشتري الخيار ، إذ يعتبر في المبيع عدم العيب إلى زمان القبض أو إلى انقضاء خيار المشتري ، وهذا بخلاف ما لو كان الخيار خيار تخلّف الشرط فإنه لا يوجب الخيار للمشتري حينئذ ، لأنّ المشترط أن لا يكون العبد خصياً حين وقوع العقد عليه وأمّا بعده قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار فلا ، هذا هو ما تعرّضنا له سابقاً عند الكلام في أنّ حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض أو قبل انقضاء الخيار موجب للخيار أو لا ، وقلنا إنّ للكلام فيه جهتين إحداهما في أنه موجب للخيار أو لا ، وثانيهما في أنّ ضمانه على البائع أو لا ، وقد أحلنا البحث عن الجهة الثانية إلى أحكام الخيار وتكلّمنا في الجهة الأُولى في المقام فراجع[1] هذا .

ولا يخفى عدم تمامية هذه الثمرة أيضاً ، لأنّها تبتني على التفرقة بين خياري العيب وتخلّف الشرط في حدوث العيب قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار ، مع أنّ التفرقة ممّا لا أساس له ، لأنّ المدرك لضمان العيب قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار منحصر بالقاعدتين أعني قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه وقاعدة أنّ تلف المبيع في زمان الخيار ممّن لا خيار له ، وهاتان القاعدتان إن قلنا بشمولهما لتلف الوصف والجزء أيضاً فنلتزم بأنّ تلف وصف الصحة قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار مضمون على البائع في كل من خياري العيب وتخلّف الشرط ، إذ

---

(١) الصفحة ١٧٨ .

لا وجه لتخصيصهما بخيار العيب بوجه ولم يردا في خصوص العيب .

وإن منعنا عن شمولهما لتلف الوصف أو الجزء وخصّصناهما بتلف نفس العين فلا نلتزم بثبوت الضمان عند تلف وصف الصحة قبل القبض أو قبل الانقضاء لا في خيار العيب ولا في خيار تخلّف الشرط ، إذ لا دليل على ضمان البائع بتلف بعض أجزاء المبيع قبلهما ، فلا فرق في الخيارين من هذه الجهة كما هو ظاهر ، هذا أوّلاً .

وثانياً : هب أنّا سلّمنا أنّ القاعدتين مختصتان بخيار العيب وافترض أنه (عليه السلام) صرّح بأنّ تلف وصف الصحة قبل القبض أو قبل الانقضاء من البائع في خصوص مورد خيار العيب دون مورد خيار تخلّف الشرط ، إلّا أنّ ذلك لا يثبت المدّعى ، وذلك لأنّ غاية مدلول القاعدتين أنّ البائع ضامن لوصف الصحة عند تلفه قبل القبض أو الانقضاء ، ومعنى ضمانه لها أنه يردّ ما يقابلها من نفس الثمن أو من غيره ، وهذا لا ربط له بثبوت خيار العيب ـ أعني الخيار بين الردّ والأرش ـ للمشتري عند حدوث العيب قبلهما ، فسواء كان الخيار خيار العيب أم كان خيار تخلّف الشرط لا يثبت الخيار عند حدوث العيب بعد العقد ، كان قبل القبض أم قبل انقضاء الخيار .

فإلى هنا ثبت أنّ الأرش منتف في أمثال المقام والردّ ثابت ، وأمّا كونه من جهة العيب أو من جهة تخلّف الشرط فهو ممّا لا ثمرة فيه ، هذا تمام الكلام في تحقيق مفهوم العيب ويقع الكلام بعد ذلك في بيان أفراده إن شاء الله تعالى .

ثمّ إنّه ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] عدّة من العيوب بعد بيان مفهوم العيب :

منها : المرض ، وقد عدّه (قدّس سرّه) من جملة العيوب ، والأمر كما أفاده في

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٦٦.

الجملة لا على نحو الاطلاق لأنّهم عدّوا حمّى يوم من العيب مع أنه ليس كذلك قطعاً لأنه أمر متعارف في جميع الأفراد ، ولا فرق بينه وبين غيره بحسب القيمة عند العقلاء ، لأنه كوجع الرأس من الأُمور المتعارفة حتى أنّ عدمه لا يدخل تحت الشروط الارتكازية في العقد ، نعم الحمى نوبة فيما إذا كان صعب العلاج من العيب .

ومنها : الحمل فقد عدّوه من العيوب التي يردّ منها المبيع ، وتارة يتكلّم فيه فيما إذا حدث الحمل في ملك البائع ، وأُخرى فيما إذا حدث في ملك المشتري ، كما أنه ربما يقع في حمل الأمة وأُخرى في غيرها من الحيوانات ، وقد تقدّم الكلام في أنّ الحمل في الأمة من العيب(١) حتّى أنّ الوطء المانع عن الردّ في المعيب بغير الحمل لا يمنع عن الردّ وفي المعيب بالحمل بمقتضى الأخبار المتقدّمة ، إلّا أنه يردّ معها نصف عشر قيمتها أو عشر قيمتها على الاختلاف بين البكر والثيّب ، هذا فيما إذا اشترى الأمة وظهرت حاملاً عند كونها في ملك البائع ، ولكنّه لا يخفى أنّ الأمر كذلك فيما إذا حدث الحمل في ملك البائع لا منه نفسه وإلّا لبطل البيع لأنّها أُمّ ولد من البائع حينئذ وإن صحّحنا بيعها وقلنا بعدم حرمته لجهل البائع أو المشتري كما تقدّمت في بعض الأخبار السابقة ، فلابدّ من فرضها حاملاً عند البائع من زوجها العبد ونحوه وقد عرفت أنه عيب حينئذ .

ثم إنّ الحمل مضافاً إلى أنه عيب على ما في الروايات والأخبار لا قائل في كونه عيباً ولو مع قطع النظر عن الأخبار ، وذلك لأنها لو لم نقل بكونها في معرض الخطر موجب لتعيّبها فلا أقل يكون حملها مانعاً عن جملة من الانتفاعات التي منها نفس الاستيلاد ، لأنّ الحامل لا تستولد إلّا بعد وضعها ، واستيلادها من جملة المنافع لتكثير العبيد والإماء .

---

(١) وسيأتي وجه كونه عيباً في الصفحة الآتية .

وأمّا إذا كانت الأمة المشتراة معيبة بغير الحمل إلّا أنّها صارت في ملك المشتري حاملاً ولكنّه بغير وطء المشتري وإلّا فالوطء بنفسه مانع عن الردّ فلنفرضه بالجذب ونحوه ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الحمل عند المشتري أيضاً عيب مانع من الردّ بالعيب السابق ، وهو كما أفاد (قدّس سرّه) إلّا أنّ كونه مانعاً عن الردّ لا يتوقّف على صدق العيب عليه ، فإنّ المانعية غير معلّقة على العيب بل المانع هو إحداث الحدث ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ الحمل عند المشتري من أوضح أنحاء الاحداث فهو مانع ولو مع البناء على عدم كونه عيباً مثلاً ، فلا وجه لاتعاب النفس في إثبات أنه عيب كما ارتكبه شيخنا الأنصاري ونقل كلمات جملة من الأعاظم لاثبات أنّ الحمل عند المشتري عيب .

ثم لا يخفى أنّ ما ذكرناه لا يختص بالأمة بل هو جارٍ في غيرها من الحيوانات فإذا اشترى حيواناً وبه عيب إلّا أنه حمل عند المشتري فإنه يمنع حينئذ من ردّه لأنّه أحدث فيه حدثاً وهو مانع عن الرد كما هو ظاهر ، سواء قلنا بأنّ الحمل عيب أم لم نقل كما مرّ .

بقي الكلام فيما إذا كان المبيع غير أمة من الحيوانات وكان حاملاً عند البائع وظهر كونه كذلك بعد الاشتراء فهل يكون هذا أيضاً من جملة العيوب التي يردّ معها المبيع أو لا ، وهذان الاحتمالان مبنيان على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) من كون الحمل من أجزاء المبيع ومن توابعه ، ومسلك مخالفيه في أنّ الحمل ليس من توابع المبيع بل هو موجود مستقل لا ربط له بالمبيع وغاية الأمر أنّ بطن المبيع أو رحمه ظرف له إلّا أنه ملك للبائع لأنه موجود مستقل ولم يقع البيع إلّا على الظرف دون المظروف .

فإن قلنا بمقالة الشيخ (قدّس سرّه) فلا يكون الحمل في الحيوان عيباً ، لأنّ الحمل وإن كان يوجب فوت جملة من المنافع ومن جملتها الاستيلاد إلّا أنّ الحمل الموجود زيادة في المبيع وملك للمشتري حسب الفرض .

وبعبارة واضحة : أنّ العيب كما مرّ عبارة عن فوات وصف له مدخلية في مالية المال بلا حاجة إلى ذكره عند العقلاء ، ونحن إذا لاحظنا الحيوانات نرى أنّها على قسمين حامل وغير حامل ، إلّا أنه لا تفاوت في قيمتها لاشتمال كل منهما على مزية وخصوصية يبذل بازائها المال فلم نفتقد وصفاً يوجب نقصاً في المالية ، فلا يكون الحمل في الحيوان بناءً على هذا المسلك عيباً ، بل يمكن أن يقال إنّ الحمل كمال في الحيوان وقيمة الحامل أكثر من قيمة غيره ، فإنّ قابلية الحيوان واستعداده للاستيلاد كمال والحمل ليس إلّا فعلية تلك القوّة والاستعداد فهو استثمار واستنتاج لا أنه عيب ، وسيأتي أنّ احتمال الخطر في وضعها ممّا لا يعتني به العقلاء وهذا ظاهر .

وأمّا إذا قلنا بمقالة مخالفي الشيخ فلا ينبغي الاشكال في أنّ الحمل حينئذ عيب لأنه ملك البائع وقد عرفت أنه مانع عن جملة من الانتفاعات التي منها الاستيلاد لأنه مشغول بملك الغير فيكون هذا موجباً لنقص قيمته ، نعم احتمال الخطر بوضعه ممّا لا يعتنى به عند العقلاء ، لأنه نادر سيّما في الحيوانات وبالأخص فيما إذا لم يكن أول وضعه كما إذا وضع قبل ذلك أولاداً وإلّا لما كان يقدم العقلاء على استيلادها مع أنّهم يقدمون على ذلك بلا كلام ، فكون الحمل في الحيوان عند البائع مانعاً مبني على قول مخالفي الشيخ ، كما أنّ عدم كونه عيباً إنما يتم على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) كما مرّ .

ومنها : الثيبوبة في الإماء ، وقد أسلفنا الكلام فيه مفصّلاً تبعاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وقلنا إنّها عيب ، وأظن أنّ تحريره (قدّس سرّه) لهذا المقام كان بعد فصل طويل بينه وبين ما تقدّم وإلّا فلا وجه لاعادته وتكراره ، فإنه (قدّس سرّه) ذكر في المقام عين ما أفاده سابقاً بلا زيادة ونقصان ، نعم المقام يشتمل على خصوصية ومزية ولعلّه (قدّس سرّه) لأجلها أعاد البحث وتلك الخصوصية هي روايتان تعرّض لهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام :

إحداهما : رواية سماعة « عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها على ذلك ، قال : لا تردّ عليه ولا يجب عليه شيء ، إنه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها »[١] ولعلّهم استدلّوا بهذه الرواية على أنّ الثيبوبة ليست بعيب ولذا حكم (عليه السلام) بعدم الردّ والأرش بها .

ولا يخفى أنّ الرواية ضعيفة أولاً . وثانياً : أنّ الثيبوبة ولو فرضنا أنّها ليست بعيب إلّا أنّ البكارة كانت مشروطة في العقد أفلا يوجب تخلّف الشرط الخيار وجواز ردّ الجارية حينئذ وإن لم نحكم بثبوت الأرش لعدم كون الخيار خيار عيب فلماذا حكم (عليه السلام) بعدم الردّ والأرش ، فالرواية ممّا لا يمكن الاعتماد عليه .

والظاهر حملها كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) (بل لا يحتاج إلى الحمل لظهورها فيه) على أمر آخر وهو أنّ البكارة على ما وجدناه في اللغة[٢] عند مراجعتنا إليها لمعرفة معنى البكر في مسألة تزويج الحرّة على أنّها بكر ثم ظهرت ثيّباً هو عدم إصابة الرجل إيّاها بمعنى عدم وطئها ، وليست البكارة بمعنى عدم خروج دم العُذرة منها ، بل المناط في البكر أن لا تكون قد وطئها رجل سواء خرجت دم العذرة منها لعارض كالسقوط من شاهق أم لم تخرج ، وعليه فالإمام (عليه السلام) إنّما حكم بعدم الردّ والأرش من جهة عدم كون الجارية ثيّباً إذ لم يثبت المشتري أنّها وطئت وأصابها رجل ، فالجارية بكر ولا موجب للأرش ولا للردّ حتى لو كانت البكارة شرطاً لعدم تخلّف الشرط ، إذ على المشتري إثبات تخلّفه وإثبات أنّها وطئت ولذا قيّد (عليه السلام) الحكم بالأرش في الرواية الآتية بما إذا علم صدق المشتري في دعواه ، فالرواية لا دلالة لها على عدم كون الثيبوبة عيباً .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٨ / أبواب أحكام العيوب ب٦ ح٢ .

(٢) المصباح المنير : ٥٩ .

وثانيتهما : رواية يونس « في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال : يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق »(١) وهذه الرواية لا بأس بها وهي تدلّ على أنّ الثيبوبة بمعنى إصابة الرجل لها عيب (ومن هنا قيّد (عليه السلام) الحكم بالعلم بصدق المشتري في دعواه إصابة الرجل لها) نعم إذا كان الغالب في الإماء هو ذلك فيكون الغلبة بمنزلة عدم التزام البائع بالبكارة ويكون بمنزلة التبرّي فلا يجري حكم العيب على الثيبوبة لا أنّها خارجة عن موضوع العيب كما تقدّم .

ومنها : عدم الختان في العبد الكبير فإنّهم عدّوه من العيب عرفاً دون عدم الختان في الصغير فإنّه ليس من العيوب .

ولا يخفى أنّ عدم الختان المعبّر عنه بالغلفة ليس من العيوب في حدّ نفسه بحيث يعدّ غير المختون معيباً ولا يتفاوت بذلك قيمته ، والوجه في ذلك : أنّ الختان وعدمه غير دخيلين فيما يطلب من العبيد من الخدمات والقيام بوظائف العبودية فإنه لا يختلف فيها الختان وعدمه كما أشرنا إلى نظيره سابقاً ، وعليه فلا يكون الأغلف معيباً لما قد عرفت من أنّ العيب هو عبارة عن فقد وصف له دخالة في مالية المال عند العقلاء وبه يختلف قيمته ، وقد ذكرنا أنّ قيمة العبد لا يختلف بالختان وعدمه ، فلا يقاس الغلف بالثيبوبة لأنها عيب لما تقدّم من أن للبكارة في النساء والاماء مدخلية تامّة في ماليتها عند العقلاء بخلاف الغلفة .

فالمتحصّل : أنّ عدم الختان في حدّ نفسه ليس من العيوب وإنما يعدّ عيباً عند العرف بلحاظ حكم الشارع عليه بوجوب الختان ، وختان الكبير أمر خطري على ما قيل ، هذا .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٨ / أبواب أحكام العيوب ب٦ ح١ .

ولكن الصحيح أنّ الحكم الشرعي بالوجوب أيضاً لا يوجب عدّه عيباً ، أمّا فيما إذا كان العبد كافراً فظاهر ، لأنّ الكافر يقرّ على دينه وهو لا يرى الختان واجباً ولا يجب على المولى ختانه فلا يكون مورداً للخطر وحكم الشارع عليه بالوجوب وقد عرفت أنّ عدم الختان بنفسه أيضاً ليس من العيوب .

وأمّا إذا كان العبد مسلماً فهو وإن كان مورداً لحكم الشارع بوجوب الختان فيما إذا لم يكن معذوراً عن الختان من جهة ضعف بدنه ونحوه ، إلّا أنّ كونه محكوماً بوجوب الختان لا يوجب عدّه من العيب ، إذ احتمال الخطر في ختان الكبير ممّا لا يعتنى به عند العقلاء فإنه احتمال ضعيف ، والظاهر أنّ كونه في معرض الخطر إنّما كان في الأزمنة المتقدّمة وأمّا في أمثال زماننا هذا مع وجود الأدوية والأدوات فلا يحتمل فيه خطر عند العقلاء ، لأنه ليس إلّا قطع عضو زائد فهو نظير غيره من الجروح بل هو أهون من غيره فلا وجه لاحتمال الخطر بوجه ، هذا .

بل يمكن أن يقال : إنه كان في الأزمنة المتقدّمة أيضاً غير محتمل الخطر ، لأنّ الكفّار الذين آمنوا في زمان رسول الله (صلّى الله عليه وآله) كانوا يختنون لا محالة ولم يسمع خطر منهم بوجه ، وكذا في غير زمانه (صلّى الله عليه وآله) فإنه ربما كان بعض الكفّار يدخلون في الإسلام ويختنون ولم نسمع خطراً منهم ، وعليه فليس في الختان احتمال خطر حتى يعدّ ذلك من العيوب ، هذا كلّه .

على أنّا لو سلّمنا أنّ الختان أمر خطري واحتماله ممّا يعتنى به عند العقلاء وليس من الاحتمالات الضعيفة ، فلا نسلّم أنّ ذلك يوجب العيب ، فإنّ الختان لو احتمل فيه الخطر على وجه عقلائي يرتفع عنه وجوب الختان رأساً فلا يجب عليه الختان ، وقد مرّ أنّ عدم الختان في نفسه أيضاً ليس بعيب ولا حكم شرعي متوجّه إليه حتى يوجب الخطر وبه يعدّ عيباً ، هذا كلّه .

ثم إنه إذا بنينا على أنّ عدم الختان عيب فهو إنما يوجب الخيار فيما إذا لم يعلم

المشتري بعدم ختان العبد ولا بكونه مجلوباً من بلاد الكفر، وأمّا إذا كان عالماً بعدم ختانه أو جهله ولكنه علم بأنه مجلوب من بلاد الكفر فلا يثبت في حقّه الخيار، لأنّ غلبة الغلفة في العبيد المجلوبين من بلاد الكفر توجب عدم التزام البائع بوصف الختان لأنها في حكم التبرّي كما مرّ.

ويلحق بذلك عدم تلقيح الجدري في العبد فيما إذا كان مع عدمه مورداً للخطر والهلاك فإنه أيضاً في معرض التلف ويعدّ عيباً لو تحقّق كونه كذلك بعدم التلقيح (ولابدّ من فرض ذلك فيما لم يمكن التلقيح بعد البيع وإلّا لُقِّح بعده).

ومنها: عدم الحيض في الجارية فيما إذا كان من شأنها أن تحيض.

ولا يخفى أنّ عدم الحيض من صفات الكمال في حدّ نفسه لأنّ الحيض يوجب منع الزوج عن الانتفاعات منها مدّة من الزمان وعدمه كمال، إلّا أنّ طبيعة المرأة لمّا كانت بحيث تقذف الدم بحسب عادتها وكان الحيض من الأُمور التي يقتضيها طبيعتها لأنه كما في الرواية عبارة عن قذف الرحم للدم الزائد، كان عدمه أي عدم الحيض كاشفاً عن اختلال في المزاج أو مرض في البدن ولأجله لا تقذف الطبيعة الدم فيما إذا لم يستند ذلك إلى مانع.

وبعبارة أُخرى: أنّ الحيض لمّا كان من مقتضيات طبيعتها فعدمه إمّا أن يكون مستنداً إلى وجود مانع عنه كشرب دواء يمنع عن الحيض لو تحقّق مثل هذا الدواء وهذا لا يكون عيباً كما مرّ، وإمّا أن يكون مستنداً إلى مرض وضعف في مزاجها (أي فيما لم يستند إلى مانع) فيكون عدم الحيض كاشفاً عن وجود عيب في المرأة ومن هنا يكون الأغلب في النساء عدم الولادة بعد انقطاع حيضها فلا تلد بعده لعلّة تعرضها بعدم الحيض، فهو بنفسه ليس من العيوب بل كاشف عنه، وبه يحكم بالخيار وللمشتري أن يرد الجارية بذلك، ومن ذلك يظهر أنّ عدم الحيض الكاشف عن العيب ممّا لا مناص من الالتزام بكونه موجباً للخيار ولو لم يكن في

البين رواية أيضاً ، فلو ورد في ذلك رواية كما وردت فلا محالة تكون مؤكّدة لما تقتضيه القاعدة .

وقد روى الكليني (قدّس سرّه) في الصحيح عن عدّة من أصحابه عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن مالك بن عطيّة عن داود بن فرقد قال « سألت أبا عبدالله عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل ، قال (عليه السلام) إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه »(١) وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة أيضاً هو ذلك بلا حاجة إلى الرواية .

ثم لا يخفى أنّ ما ذكره جملة من الأكابر على ما حكي عنهم من تقييد الحكم بالخيار بما إذا مضت ستّة أشهر اعتماداً على الرواية المتقدّمة فما لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأنّ التقييد بستة أشهر إنما كان في كلام الراوي دون كلام الإمام (عليه السلام) وكشف عدم الحيض عن المرض لا يتوقّف على مضي ستة أشهر بل بعد شهرين أو ثلاثة أشهر يمكن الاستكشاف أيضاً ، بل ربما يمكن الاستكشاف بعد البيع بلا مضي زمان كما إذا علم بعده أنها لم تحض عند البائع سنة أو مدة أُخرى وهذا ظاهر ، نعم عدم الحيض في شهر بل في شهرين لا يكون كاشفاً لأنه أمر عادي .

وبالجملة أنّ المعتبر هو المنكشف دون الكاشف حتى يتقيّد بمدة ونحوها ، وفي كل مورد انكشف العيب في الجارية بعدم حيضها فيحكم بالخيار كان قبل ستة أشهر أو بعدها ، لأنّ هذا هو مقتضى كون عدم الحيض كاشفاً عن العيب ولا يكون عدمه بنفسه عيباً كما تقدّم .

بقي في الرواية إشكال آخر وملخّصه : أنّها مخالفة لما عليه المشهور من أنّ

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٠١ / أبواب أحكام العيوب ب٣ ح١ ، الكافي ٥ : ٢١٣ / ١ .

التصرف في المبيع يمنع عن الردّ بالخيار ، لأنه (عليه السلام) حكم بجواز ردّ الجارية بعد ستة أشهر مع أنه من البعيد عدم تصرف المشتري فيها ولو بقوله لها أغلقي الباب ، ولأجل ذلك أسقطها بعضهم عن الاعتبار .

ولا يخفى أنّ الرواية صحيحة وسيأتي(١) عند التعرّض لأحداث السنة أنّ تلك الصحيحة وما ضاهاها تكشف عن بطلان القاعدة التي أسّستها المشهور وهي كون التصرف في المبيع ولو بمثل قوله جئني بالماء مانعاً عن الردّ ، وليست القاعدة بحيث يرفع اليد لأجلها عن الرواية الصحيحة فلا إشكال في الرواية .

ومنها : الإباق وقد قالوا إنه من العيوب الموجبة للخيار .

ولا يخفى أنّ إباق العبد مرّة واحدة لا يكون من العيب فيما إذا لم يكشف عن كونه كذلك دائماً ، وهذا كما إذا بعثه صديقه وحرّكه الأشرار على الهرب والإباق فانبعث بتحريكهم فأبق ثم رجع وتاب وندم ، فإنّ ذلك لا يكون من العيب بوجه كيف وكلّنا نفرّ من مولانا الحقيقي ثم نرجع ونندم ، وهذا لا يعدّ من العيوب .

وأمّا إذا كان العبد بحيث لا يطمأن عليه من الإباق والهرب واحتاج إلى موكّل يمنعه عن ذلك فلا ينبغي التأمّل في أنه عيب ، لأنه حينئذ نظير ما إذا كان العبد سارقاً ولا يطمأن عليه بالمال ، فإنه في المقام أيضاً كذلك لاحتمال أن يسرق نفسه فيكون هذا موجباً للخيار ، ولا تأمّل في ذلك .

وإنما الكلام في أنّ كونه كذلك هل يتحقّق بإباقه مرّة واحدة أو يحتاج إلى التعدّد والتكرّر ، وهذا مورد للتأمّل والإشكال ولا يبعد أن يقال بعدم كفاية المرّة في ذلك ، فإنّ العبد لا يكون بإباقه مرّة واحدة متّصفاً بصفة الإباق بل يحتاج ذلك إلى تعدّد حتى يصدق عليه ذلك العنوان ، ويدل عليه صحيحة أبي همام قال : « سمعت

---

(١) في الصفحة ٣٤١ ـ ٣٤٢ الجهة الخامسة .

الرضا (عليه السلام) يقول يردّ المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص ، فقلت ـ إلى أن قال ـ فقال له محمد بن علي فالإباق ؟ قال : ليس الإباق من ذا إلّا أن يقيم البيّنة أنه كان آبقاً عنده »[١] حيث دلّت على أنّ الإباق إنما يكون عيباً موجباً للخيار فيما إذا شهدت البيّنة على أنه كان متّصفاً بالإباق « كان آبقاً » عند البائع ، وهذا لا يتحقّق بالإباق مرّة واحدة ، إذ لعلّه أبق من جهة فقر مولاه وكونه على سعة عند مولاه الأول ونحوه ، لا من جهة كونه آبقاً . وبعبارة أُخرى أنّ عبارة الرواية هي قوله (عليه السلام) « كان آبقاً » وهو من الصفات ، وليست العبارة بصيغة الماضي كقوله أبق مثلاً حتى يكتفى فيه بالمرّة الواحدة . وهذا أيضاً ظاهر .

وإنما الإشكال فيما توهّم من المعارضة بين صحيحة أبي همام المتقدّمة الدالّة على كون صفة الإباق موجباً للردّ والخيار ورواية محمد بن قيس « أنه ليس في إباق العبد عهد »[٢] وظاهرها أنّ البائع غير متعهّد بالإباق .

ولا يخفى أنه لا وجه لتوهم المعارضة بينهما كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] لأنّ المراد بكون الإباق موجباً للخيار وعدمه هو إباق العبد عند البائع وأمّا إباقه عند المشتري فلا إشكال في عدم كونه موجباً للخيار ، ومعنى أنه لا عهدة في الإباق وأنّ الجنون ونحوه في عهدة البائع هو أنه بعد ما دخل العبد في ملك المشتري فأبق عنده فلا عهدة عليه ، بخلاف الجنون فإنه لو جنّ عند المشتري إلى سنة فعهدته على البائع[٤] وذلك لأنه لا معنى لعهدة البائع للإباق فيما إذا كان العبد

---

(١) الوسائل ١٨ : ٩٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١١٤ / أبواب أحكام العيوب ب ١٠ ح ٢ .

(٣) المكاسب ٥ : ٣٧٨ .

(٤) وقد قيل في حكمة ذلك أنّ الجنون ونحوه ممّا لا يحدث في زمان قليل فحدوثه عند المشتري بعد البيع يكشف عن وجوده فيه سابقاً إلى أن يمضي عليه السنة .

عنده وفي ملكه أو كونه متعهّداً لجنونه فيما إذا كان في ملكه ، لأنّ الإنسان لا يكون ضامناً ومتعهّداً لماله ، فاطلاق العهدة إنما يصح فيما إذا خرج عن ملكه وكان عند المشتري ، وعليه فمورد الروايتين مختلف ، فنفي العهدة إنما هو في الإباق عند المشتري كما أنّ إثبات الخيار فيما إذا كان الإباق عند البائع فلا معارضة بينهما .

ومن جملة العيوب : اشتمال المبيع على خليط خارج عن جنسه كالسمن المشتمل على الدردي فإنه بالاضافة إلى الخالص عنه معيب ، وهذا مضافاً إلى أنه كذلك عرفاً يستفاد من رواية ميسر بن عبدالعزيز قال « قلت لأبي عبدالله في الرجل يشتري زقّ زيت يجد فيه دردياً ، قال : إن كان يعلم أنّ الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يردّه وإن لم يكن يعلم فله أن يردّه »[1] فإنّ معناها أنّ المشتري إن كان عالماً بأنّ الزيت في الخارج يشتمل على الدردي بحسب الغالب وإن لم يكن يعلم بأنّ في هذا الزيت المبيع أيضاً الدردي موجود لاحتمال أن يكون المبيع صافياً فلا يثبت له الخيار ، لأنّ العلم بغلبة وجود الدردي بمنزلة براءة البائع عن صفة الخلوص ، ومع التبرّي عن وصف الصحة لا يثبت خيار العيب ، وأمّا إذا لم يعلم بالغلبة الخارجية فكأنه اشتراه بشرط وصف الصحة فيثبت له الخيار ، وهذا نظير ما ذكرناه في الثيبوبة ويأتي الثمرة المذكورة فيها في المقام بعينه فراجع ، هذا .

وروى السكوني عن جعفر عن أبيه « أنّ علياً (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رُبّاً فخاصمه إلى علي (عليه السلام) فقال (عليه السلام) لك بكيل الربّ سمناً ، فقال له (عليه السلام) الرجل إنما بعته منه حكرة ، فقال له علي (عليه السلام) إنما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك

---

(١) التهذيب ٧ : ٦٦ الحديث ٢٨٣ ورواه في الوسائل ١٨ : ١٠٩ / أبواب أحكام العيوب ب ٧ ح ١ مع اختلاف يسير .

رُبّاً »[١] وقد وقع الإشكال في هذه الرواية على تقدير صدورها عنه (عليه السلام) من جهة أنهم فهموا من قوله (عليه السلام) للمشتري بكيل الربّ سمناً ، أنّ المشتري يطالب من البائع سمناً بمقدار الربّ الموجود فيه ، وهذا إنّما يصح فيما إذا كان المشتري اشترى سمناً كلّياً في ذمّة البائع بمقدار معيّن ولم يدفع في مقام الأداء ذلك المقدار المعيّن وإنّما أعطاه نصفه مثلاً مع نصف آخر من الربّ ، فيصح حينئذ أن يقال إنّ المشتري يطالب البائع بمقدار كيل الربّ سمناً لأنه المبيع دون الربّ .

إلّا أنّ احتمال كون البيع في الرواية من الكلّي في الذمّة مقطوع العدم ، لأنه على خلاف صريح الرواية فإنها دلّت على أنّ المشتري قد اشترى السمن الموجود في العكّة حكرة أي مجموعاً ودفعة ، وليس هذا من بيع الكلّي في شيء ، إذ لا معنى لبيع الكلّي حكرة ومجموعاً ، ولذا اعترض الرجل على علي (عليه السلام) بأنّ المشتري اشترى الموجود مجموعاً وحكرة لا أنه اشترى سمناً كلّياً فلماذا حكمت باستحقاقه سمناً بمقدار الربّ ، وبالجملة أنّ حكمه (عليه السلام) لا يلتئم مع كون المبيع جزئياً معيّناً .

ولكن هذا الإشكال في الرواية مبني على ما فهموه من أنّ المشتري يستحق على البائع السمن بمقدار الربّ الموجود ، والظاهر أنّ المراد بقوله (عليه السلام) « لك بكيل الربّ سمناً » هو أنّ للمشتري مطالبة البائع بالثمن بمقدار الربّ الموجود عوضاً عن السمن ، لا أنه يطالبه بالسمن بمقدار الربّ ، وذلك لأنّ سمناً إمّا حال أو تمييز وقوله (عليه السلام) « لك بكيل الربّ » لا يتم إلّا بتقدير شيء يكنّى به عن الثمن إذ لا معنى لقوله « لك بكيل الربّ » إلّا أن يضاف إليه في التقدير كلمة شيء أعني الثمن ، أي لك بكيل الربّ شيء أي ثمن ، وليس سمناً مبتدءاً متأخّراً لقوله لك بكيل

---

(١) الوسائل ١٨ : ١١٠ / أبواب أحكام العيوب ب٨ ح٣ .

الربّ وإلّا لكان مرفوعاً ، بل جيء به حالاً أو تمييزاً بمعنى أنّ للمشتري بمقدار الربّ الثمن في حالة فرضه أي المبيع سمناً ، وأنّ الثمن المعطى في مقابل ما فرضه سمناً يرجع إليه بمقدار الربّ الموجود ، والوجه في ذلك أنّ البائع قد استحق الثمن في مقابل السمن المكيل بكيل معيّن ، والمفروض أنه لم يسلّم له هذا المقدار ، فبمقدار الباقي يرجع إلى البائع ويأخذ الثمن ، إذ المفروض أنّ المبيع شخصي ، وعليه فلا إشكال في الرواية من هذه الجهة والرواية ليست على خلاف القاعدة كما لا يخفى .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) تعرّض في المقام لصورة اُخرى خارجة عن محل الكلام ، إذ البحث إنما كان في خيار العيب وهو إنما يتم في صورة جهل المشتري به ، وأمّا صورة علمه بالعيب فلا يثبت له الخيار فيها ، إلّا أنه (قدّس سرّه) تعرّض بالمناسبة إلى هذه الصورة أيضاً وذكر (قدّس سرّه) أنّ المشتري إذا كان عالماً بوجود الدردي في السمن وقد اشتراه فمقتضى ما تقدّم أنّ البيع حينئذ صحيح وأنه لا يثبت له خيار العيب لعلمه به ، مع أنّ مقدار المبيع مجهول والجهل به يوجب البطلان ، لأنّ الفرض أنه يعلم مقدار مجموع السمن والخليط وأمّا أنّ الخليط بأيّ مقدار فلا ، وهذا يوجب الجهل بمقدار المبيع ، والمفروض أيضاً أنّ الخليط خارج عن جنس المبيع ولا يتحوّل وليس من جنسه وممّا له مالية حتى يقال إنّ العلم بمقدار المجموع كافٍ في صحته كما إذا باع منّاً من الحنطة وقد خلطها بالشعير ، وهذا لا ينافي ما تقدّم(٢) في بحث الاندار من جواز بيع المظروف مع ظرفه إذا كان مقدار المجموع معلوماً ، لأنّ الصحة في الصورة المذكورة إنّما ثبتت بالاجماع ومورده ما إذا كان المبيع هو المجموع من الظرف والمظروف ولا تنطبق على ما نحن فيه ، لأنّ المعلوم في

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٨١ .

(٢) راجع المجلّد الثاني من هذا الكتاب الصفحة ٤٧٩ وما بعدها .

المقام هو مقدار مجموع السمن والدردي لا السمن مع ظرفه ، وهذا نظير ما إذا كان وزن الحنطة التي حملت على الحمير معلوماً من حيث المجموع بأن علمنا أنّ الحمل والمحمول عليه أي الحمار كذا مقداراً فهل يكفي هذا في صحة بيع الحنطة فيما إذا كان المبيع هو الحنطة فقط دون مجموعهما ، ولو صح ذلك لصح بيع المجهول في كل مورد كما إذا أراد بيع الحنطة ووضع في إحدى كفّتي الميزان وزنة أو حقّة من الأُرز ونحوه ووضع مقداراً من الحنطة في الكفّة الأُخرى ثم أكملها بالتراب إلى أن ساوت مع الكفّة الأُخرى فيكون وزن مجموع الحنطة والتراب معلوماً وهو الحقّة الواحدة دون خصوص وزن الحنطة مع أنّ المفروض هو بيع خصوص الحنطة لا هي مع التراب والأمر في المقام كذلك لأنه إنما أراد بيع خصوص السمن لا هو مع الدردي والمعلوم هو وزنهما معاً لا خصوص وزن المبيع ، فالبيع باطل من أساسه .

وقد تصدّى (قدّس سرّه) للجواب عن هذا الإشكال وصوّر لهذا البيع صوراً .

الصورة الأُولى : هي ما إذا كان الخليط في المبيع موجباً لتعيّب المبيع فقط أي موجباً لزوال وصف صحته من دون أن يوجب نقصاً في وزنه بأن كان الدردي المخلوط بالثمن قليلاً نظير خلط تراب قليل في كوز ماء فإنه يوجب كدر الماء ولا يقلبه إلى المضاف ، ففي هذه الصورة المعاملة صحيحة لأنّ الوزن في المبيع معلوم والمفروض أنه لا نقص فيه بحسب الوزن ، نعم إنما هو معيب ولكنه لعلمه به لا يأتي في حقه الخيار وهذا ظاهر ، وكونه ناقصاً على تقدير تصفيته من الخليط لا يمنع عن صحة المعاملة لكفاية العلم بالمبيع المعيب .

الصورة الثانية : ما إذا كان الخليط غير موجب لتعيّب المبيع أصلاً بل كان موجباً لنقصان وزنه كما إذا وضع في السمن حجراً ونحوه أو رُبّاً كما في الرواية وباع ذلك السمن مع العلم بمقدار المجموع من السمن والحجر مع أنّ المفروض عدم العلم بوزن السمن الذي هو المبيع فقط ، وفي هذه الصورة تارة يبيع كل صاع من السمن

الموجود بكذا ، وقد تقدم في بيع كل صاع من الصبرة المعيّنة أنّ بيع كل صاع منها بكذا صحيح لأنه غير موجب للغرر والجهل بما يدخل في كيسه في مقابل ما يخرج منه ، إذ المفروض أنه يعطي في مقابل كل صاع يدخل في كيسه درهماً مثلاً فلا يذهب ماله هدراً فالبيع صحيح بلا خيار فيه أصلاً .

أمّا انتفاء خيار العيب فلوضوح أنّ الصاع غير معيب ، وأمّا انتفاء خيار تبعّض الصفقة فلأجل أنّ المبيع ليس إلّا كل صاع وصاع دون عشرة أو تسعة كما هو ظاهر . نعم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) اشترط في صحة البيع في هذه الصورة العلم بمقدار المجموع من الظرف والمظروف ، وقد ذكرنا أنّ هذا أيضاً غير معتبر في صحة البيع ، إذ لا وجه لاعتباره مع عدم مدخليته في العلم بمقدار المبيع ولا في ارتفاع الغرر ، لأنه سواء كان عالماً بوزن المجموع أم لم يكن عالماً به لا يعلم أنه كم صاعاً ، ولكنه مع ذلك لا يوجب الغرر لأنه يدفع بازاء كل ما يدخل في كيسه درهماً فلا غرر في البين ولا خيار أصلاً وإن وجد فيه حجراً ونحوه .

وأُخرى يبيع عشرة أواق سمناً من العكّة الموجودة أو عشرة أصواع من الحنطة ثم يظهر فيه دردي بمقدار وقية ، والمعاملة في هذه الصورة أيضاً صحيحة في تسعة أوقيات دون الوقية العاشرة لعدمها حسب الفرض ، ولكن يثبت للمشتري خيار تبعّض الصفقة لعدم وصول تمام المبيع إليه ، والفرق بين هذه الصورة والصورة المتقدّمة عليها هو أنّ المبيع في هذه الصورة هو مجموع العشرة أواق أو العشرة أصواع ، وأمّا الصورة المتقدّمة فالمبيع فيها كل صاع وصاع أو وقية ووقية دون المجموع .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذكر صورة ثالثة في المقام وهي ما إذا باع الموجود على أنه عشرة أواق ، والفرق بينها وبين الصورة الثانية هو أنّ العشرة في هذه الصورة شرط وخارج عن ذات المبيع ، وأمّا في الصورة الثانية فهي عين المبيع

وأجزائه ، وحكم فيها بالصحة وخيار تبعّض الصفقة أو خيار تخلّف الشرط .

ولكنّا أسلفنا(١) في بيع صاع من الصبرة أنّ هذه الصورة بعينها هي الصورة الثانية ، وأنه لا معنى لاشتراط كونه كذا صاعاً ، وذلك لأنّ الاهمال في الواقعيات غير معقول ، وحينئذ نسأل عن أنّ المبيع أيّ شيء فهل هو عشرة أواق أو خمسة أو أقل أو أكثر بحيث لو كان غيرها فهي ليست بمبيعة ، فلا سبيل إلّا أن يقال إنّ المبيع هو العشرة ، إذ المفروض عدم ذكر غير العشرة فيكون كما في الصورة الثانية البيع صحيحاً إلّا أنّ تخلّف شيء منها يوجب خيار تبعّض الصفقة لعدم وصول تمام أجزاء المبيع إليه .

وبالجملة : أنّ العشرة ليست بشرط بل هي عين المبيع وأجزائه ، إذ مقتضى كونها شرطاً أنّ المبيع غيرها فيسأل عن أنه أي مقدار بعد استحالة الاهمال في الواقعيات فهل هو خمسة أوقيات أو أربعة أو أقل أو أكثر بحيث لا يكون غيرها مبيعاً ، وحيث إنّ المفروض أنّ جميعها مبيع فلا محالة تكون العشرة عين المبيع وأجزائه كما في الصورة الثانية ، ففي جميع هذه الصور يحكم بصحة المعاملة والبيع .

نعم لو باع السمن الموجود في الظرف مع علمه بوجود مقدار خليط فيه ممّا لا يسوى بشيء فلا محالة يحكم بالبطلان لعدم العلم بمقدار المبيع كما مرّ .

القول في أحداث السنة

قد تقدّم أنّ العيب في المبيع يوجب الخيار فيما إذا وقع البيع على المعيب إلّا في مثل الحيوان حيث ذهبوا إلى أنّ حدوث العيب فيه إلى ثلاثة أيام أيضاً في عهدة البائع وإن لم يكن حال البيع موجوداً ، وأمّا في غير الحيوان فثبوت الخيار فيه

---

(١) لاحظ المجلّد الثاني من هذا الكتاب الصفحة ٣٨٢ .

متوقّف على وقوع البيع على المعيب ، إلّا أنّهم استثنوا من ذلك عيوباً وجعلوها موجبة للخيار إلى سنة بعد المعاملة بحيث لو تحقّق شيء منها في أثناء السنة فهو يوجب الخيار وإن لم يكن شيء منها متحقّقاً حال المعاملة وهي على المشهور أربعة : البرص والجذام والجنون والقرن .

ولم يرد في روايات الباب ما يدّ على علّة ذلك ، إلّا أنّ بعضهم علّله بأنّ ظهور تلك العيوب في أثناء السنة يكشف عن وجودها سابقاً ، وهذا من قبيل العلّة بعد الوقوع وإلّا فلا يكون ذلك علّة للحكم المذكور ومن هنا لو علمنا بحدوثها في هذه السنة أيضاً وعدم كونها متحقّقة قبلها لكانت موجبة للخيار أيضاً لاطلاق الأخبار وذلك لامكان حدوث العيوب المذكورة في تلك السنة أيضاً كما إذا جنّ لدهشة عرضية ، وليست هي كما ذكروه من أنّها لا توجد إلّا بعد كونها قبل تلك السنة وكيف كان فتحقيق الكلام في ذلك يقع في ضمن جهات .

الجهة الأُولى : فيما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) من أنّ الجذام لم يذكر في رواية محمد بن علي(٢) التي قال بعضهم إنها ضعيفة . وذكر الأردبيلي (قدّس سرّه)(٣) أظن أنه الحلبي فالرواية صحيحة ، وحكى عن المحقّق الأردبيلي (قدّس سرّه) أنه استشكل في عدّ الجذام من أحداث السنة من هذه الجهة أي من جهة عدم ذكره في رواية محمد بن علي ، ونقل عن الحدائق(٤) أنه جمع بين تلك الرواية وغيرها ممّا اشتمل على لفظ الجذام بأنّ الأُولى مطلقة فيحمل على المقيّد وهو غيرها من

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٨٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٩٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ ح ٢ .

(٣) مجمع الفائدة ٨ : ٤٤٩ .

(٤) الحدائق ١٩ : ١٠٥ ـ ١٠٦ .

الأخبار ، فأجاب عنه بأنّ المقام ليس من قبيل تعارض المطلق والمقيّد نعم هو شبيه بهما لوجود احتمال في أحدهما لا يحتمل في الآخر وهو احتمال سقط الجذام عن رواية محمد بن علي ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) من أوّله إلى آخره على خلاف الواقع ، لأنّ الأردبيلي (قدّس سرّه) لم يستشكل في الجذام أوّلاً ، ولا نقله عنه في الحدائق ثانياً ، ولا أنّ رواية محمّد بن علي فاقدة للجذام ثالثاً ، لأنها كما رواها في الوسائل مشتملة على الجذام فراجع . نعم رواها في الحدائق بلا ذكر الجذام وأظن أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) اعتمد في نقله الرواية على نقل الحدائق ولم يراجع الوسائل ومن هنا نسب إليها عدم ذكر الجذام .

الجهة الثانية : أنّ بعض الروايات الواردة في المقام التي منها صحيحة وموثّقة وغيرها قد اقتصر فيها على ذكر الجنون والبرص والجذام كما فيما رواه الشيخ (قدّس سرّه) عن أبي همام[1] وفي بعضها الآخر أُضيف إليها رابع وهو القرن وفي بعضها الآخر عطف الحدبة على القرن كما في رواية ابن فضّال[2]، إلّا أنّ الظاهر أنّ الحدبة ليس أمراً خامساً بل هو عين القرن وقد عطف عليه لأنه (عليه السلام) في صدر تلك الرواية حصر الأحداث في أربعة أشياء وقال (عليه السلام) أربعة ترد معها المبيع إلى سنة ، ثم عدّ الجنون والبرص والجذام والقرن والحدبة ، فيعلم منه أنّ الحدبة ليس غير القرن وإلّا لكانت خمسة مع أنها حصرها في أربعة . وقد فسّرت الحدبة بأنه حدب في الفرج يمنع عن المواقعة كما ربما تكون في الظهر . وفسّر القرن بأنه عظم في الموضع المذكور يمنع عن الوطء وكلاهما واحد ، وعليه فالموجبات لردّ

---

(١) الوسائل ١٨ : ٩٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ ح ٢ ، التهذيب ٧ : ٦٣ / ٢٧٣ .

(٢) نفس المصدر ح ١ .

المبيع إلى سنة أربعة ، هذا .

إلّا أنّ الأردبيلي(١) قد استشكل في القرن لخلو رواية أبي همام عن القرن واقتصارها على الجنون والبرص والجذام ، ومع خلوّ هذه الصحيحة عنه لا يمكن الحكم بالردّ إلى سنة في القرن ، لأنّ المتيقّن من الموجبات للردّ إلى سنة هو الثلاثة المذكورة ، وهذا هو الذي استشكل فيه الأردبيلي دون الجذام كما نسبه إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وأجاب في الحدائق(٢) عن الأردبيلي بأنّ خلو الصحيحة عن القرن لا يمنع عن إلحاقه بالثلاثة لورودها في غيرها من أخبار الباب التي فيها صحيحة وموثّقة غاية الأمر أنّ الصحيحة مطلقة وغيرها مقيّدة بالقرن فنحمل المطلق على المقيّد .

وليس مراد صاحب الحدائق من الاطلاق والتقييد المطلق والمقيّد الاصطلاحيان حتى يرد عليه ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ المقام ليس من باب المطلق والمقيّد لوضوح أنه يتوقف على وحدة التكليف ليحمل المطلق فيه على مقيّده ولا وحدة في التكليف في المقام ، بل الظاهر أنّ مراده بالاطلاق هو أنّ الصحيحة واردة في مقام البيان ومعه ساكتة عن القرن ، والسكوت عن ذكر أمر في مقام البيان هو الذي يعبّر عنه بالاطلاق المقامي ، إذ لو سألنا الأردبيلي (قدّس سرّه) وغيره عن وجه الاقتصار على الثلاثة فلا محالة يجيب بأنّها مع ورودها في مقام البيان مطلقة وساكتة عن القرن ، إلّا أنه لمّا ورد في سائر الروايات المستفيضة إضافة القرن إلى الثلاثة وعلمنا بعدم إطلاق مراده (عليه السلام) من حيث عدم اعتبار غير الثلاثة ، فلا محالة نرفع اليد عن الاطلاق المقامي لهذه المقيّدات ، وهذا هو مراد

---

(١) مجمع الفائدة ٨: ٤٤٩ .

(٢) الحدائق ١٩: ١٠٥ .

صاحب الحدائق (قدّس سرّه) فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

إلّا أنّ إشكال الأردبيلي (قدّس سرّه) من جهة عدم ذكر القرن في صحيحة أبي همام وتقرير صاحب الحدائق له كلاهما اشتباه، وذلك لأنّ القرن مذكور في صحيحة أبي همام فراجع. نعم تلك الصحيحة منقولة بطريقين بطريق الكليني[١] وطريق الشيخ[٢] والخالي عن ذكر القرن هو ما رواه الكليني بطريقة، وأمّا المنقول بطريق الشيخ فهو مشتمل على القرن[٣] فراجع الوسائل[٤] وهذا أوّل مورد وقفت فيه على اشتباه صاحب الحدائق في الحديث مع أنه أضبط في نقل الأخبار هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا عدم ذكر القرن في صحيحة أبي همام فلا يضرّ هذا بالمدّعى، لأنه مذكور في غيرها من روايات الباب وهي تكفي في إلحاقه بالعيوب المذكورة ولذكرها فيها يحتمل النقصان في رواية الكليني لأنه وإن كان أضبط من الشيخ إلّا أنه إذا دار الأمر بين الزيادة والنقيصة فالثاني أقرب.

الجهة الثالثة: أنّ الأردبيلي (قدّس سرّه)[٥] قد استشكل في البرص أيضاً

---

(١) الكافي ٥: ٢١٧ / ١٧.

(٢) التهذيب ٧: ٦٣ / ٢٧٣.

(٣) وقد ذكر (دام ظلّه) بعد ما ذكر أنّها موجودة في الوسائل: إنّ الوقت لم يسعني لأُراجع الكافي والتهذيب اللذين هما الأصل لنقل الوسائل، ولكن بعض الحاضرين ذكر أنّهما غير موجودين في الكتابين والاشتباه من الوسائل فلابدّ من مراجعة الكافي والتهذيب لأنه المدرك لنقل الوسائل، وقال إنّي أظن عدم اشتباه أحد من المحدّثين صاحب الحدائق والوسائل لاحتمال اختلاف النسخ المخطوطة وإن لم يكن لذلك ثمرة فقهية كما عرفت.

(٤) الوسائل ١٨: ٩٨ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ ح ٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٥٠.

من جهة أنه وإن ورد في جميع تلك الأخبار المستفيضة إلّا أنها معارضة برواية عبدالله بن سنان(١) الموصوفة بالصحة عند بعضهم وبالموثّق عند آخر وبالضعيف عند ثالث ، حيث إنها دلّت على أنّ العهدة في البرص والحبل إلى ثلاثة أيام وفي غيرها من الجذام والجنون إلى سنة ، وهذه الرواية معتبرة وإن لم تكن بصحيحة كما أسلفناه سابقاً ، ومقتضاها عدم كون البرص من أحداث السنة .

فالإنصاف أنّ ما أفاده الأردبيلي (قدّس سرّه) تمام في حدّ نفسه لأنّ المتيقّن هو الثلاثة ويرجع في غيرها إلى العمومات المقتضية للزوم ، إلّا أنه لمّا كانت الروايات المشتملة على البرص مستفيضة وعدّة منها من الاتّفاقيات بين الأصحاب الذي لم يخالف فيه إلّا الأردبيلي (قدّس سرّه) كان ذلك موجباً للاطمئنان بكون البرص من أحداث السنة ، وعليه فيحتمل في رواية ابن سنان كما احتمله في الحدائق والجواهر التحريف وأنه اشتبه المرض بالبرص ، وهذا الاحتمال وإن لم يكن في نفسه خالياً عن البعد إذ لو صح ذلك جرى هذا الاحتمال في جميع الأخبار فيحتمل أنها كلمة أُخرى شبيهة بما ذكر في الرواية ، إلّا أنه في المقام لا بأس به لأنه مورد التعارض بينها وبين تلك الأخبار المستفيضة مع عدم الخلاف في الحكم ، وبهذين الأمرين أعني معارضتها بالمستفيض وكون الحكم اتّفاقياً لا بأس باحتمال التحريف في رواية ابن سنان .

فالصحيح أنّ البرص أيضاً من جملة العيوب التي تردّ معها المبيع فيما إذا حدثت إلى سنة .

الجهة الرابعة : أنه استشكل الشهيد الثاني (قدّس سرّه)(٢) في عدّ الجذام من

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٢ / أبواب الخيار ب٣ ح٧ .

(٢) المسالك ٣ : ٣٠٥ .

موجبات الردّ إلى سنة من جهة الدليل الدالّ على أنّ الجذام يوجب الانعتاق على مولاه ، وهذان الأمران كيف يجتمعان ، إذ مع الانعتاق لا يمكن الرد كما لا يخفى .

وبالجملة : الفتاوى تطابقت على النص(١) الوارد في المقام على أنّ الجذام من أسباب الانعتاق ، وقد روى السكوني أنّ العبد إذا عمي فلا رق وأنه إذا جذم فلا رق ، وهذا كيف يجتمع مع الحكم بخيار المشتري في الردّ .

وقد ذكروا في توجيه الطائفتين من الروايات أعني ما دلّ على الخيار مع الجذام وما دلّ على الانعتاق معه وجوهاً لا يرجع شيء منها إلى محصّل ، لأنها بأجمعها على خلاف ظواهر الأخبار ، فالطائفتان متعارضتان .

وربما ذكر بعضهم في توجيه الأخبار الدالّة على خيار المشتري مع الجذام أنّ المراد من الردّ في الأخبار أعم من الردّ بالفسخ والردّ بالانفساخ ، فكما أنّ الحيوان إذا مات في الثلاثة ينفسخ المعاملة بنفسها ولا ينافي ذلك الخيار فكذلك في الجذام فإنه ينعتق بذلك فيفسخ المعاملة وهو لا ينافي خيار المشتري في الردّ ، هذا .

ولا يخفى أنّ حمل الردّ بالخيار على الانفساخ القهري خلاف الظاهر قطعاً وبعيد في حدّ نفسه ، لمنافاته الخيار في الردّ لأنه نظير الردّ بالجنون والبرص فكما أنّ الردّ فيهما معناه ردّ المملوك الفعلي فكذلك في الجذام ، فحمله على الانفساخ القهري بعيد . على أنّ هذا على خلاف صريح رواية الخصال عن ابن فضّال(٢) حيث إنه (عليه السلام) صرّح فيها بخيار السنة ، والخيار مع الانفساخ لا يجتمع .

فالصحيح أن يقال : إنّ الروايتين متعارضتان ، ورواية السكوني ضعيفة في نفسها بحيث لولا تسالم الأصحاب على الانعتاق بالجذام لاستشكلنا في أصل كون

---

(١) الوسائل ٢٣ : ٤٥ / كتاب العتق ب ٢٣ ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠٠ / أبواب أحكام العيوب ب ٢ ح ٧ .

الجذام موجباً للانعتاق ، فلابدّ من العمل على تلك الروايات المستفيضة الواردة في الخيار في موردها والعمل برواية السكوني في غير المقام ، ونلتزم في المقام بأنّ جذام العبد المشترى لا يوجب الانعتاق ، بل للمشتري الخيار في ردّه وإبقائه ، نعم الجذام في غير المقام يكون موجباً للانعتاق كالعمى .

ثم إنّ المشتري إذا أمضى العقد أو ردّه على بائعه فهل ينعتق على المشتري عند إمضائه وعلى البائع بعد ردّه إليه أو لا ينعتق بعد الحكم برقيته ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ انعتاقه على البائع يحتاج إلى قيام دليل آخر غير تلك الرواية المتقدّمة ويدلّ على أنّ العبد المجذوم لا يتملّك ، ولا تكفي فيه تلك الرواية لأنّها تقتضي انعتاقه لو حدث في ملكه ، وأمّا إذا حدث في ملك شخص آخر فعدم التملّك له بحسب البقاء يحتاج إلى دليل ، هذا .

ولا يخفى أنّ مدلول الرواية ليس هو الانعتاق ليقال إنّها تقتضي الانعتاق حدوثاً لا بحسب البقاء ، بل مدلولها أنّ الأعمى والمجذوم لا يكون رقيقاً ، وهذا مطلق بحسب الزمان والآنات فكما لا يكون رقيقاً في الآن الأول كذا لا يكون كذلك في الآن الثاني وهكذا ، فلا يحتاج في الانعتاق على البائع إلى دليل آخر .

الجهة الخامسة : أنّ الأخبار الواردة في ردّ المبيع بعيوب السنة مطلقة من حيث التصرف فيه وعدمه ، وإطلاقها يشمل صورة التصرف فيه أيضاً ، كما أنّ عدم تصرفه فيه في أثناء السنة بعيد ، وعليه فتكون هذه الأخبار معارضة لما دلّ على أنّ التصرف في المبيع يوجب سقوط الخيار ولو بمثل قوله أغلق الباب .

والظاهر أن يقال : إنّ هذه الأخبار تكشف عن بطلان تلك القاعدة وأنه لا وجه لسقوط الخيار بمطلق التصرفات ، فإنّ الخيار لا يسقط إلّا بأحد أمرين :

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٨٦.

أحدهما إسقاط نفس ذي الخيار. وثانيهما التعبّد الشرعي بسقوطه، وكلاهما مفقود في المقام، نعم لو أسقطه بنفسه أو دل دليل شرعي على السقوط كما دل في خيار الحيوان بقوله (عليه السلام) «أرأيت إن لامس أو قبّل الخ»(١) فلا محالة نلتزم بالسقوط، إلّا أنّ المفروض عدم إسقاطه بنفسه وعدم دلالة دليل شرعي على سقوطه، فالخيار باقٍ ولو مع التصرف فيه بمثل اغلق الباب ونحوه.

نعم قد دلّت الأخبار على أنّ الوطء مانع عن الردّ كما تقدّمت في روايات ردّ الجارية من الحبل إذ وطئت، وقد دلّت على أنّ الجارية لا ترد إذا وطئت، فتكون تلك الأخبار معارضة مع الأخبار المستفيضة الواردة في المقام بحسب الاطلاق والنسبة بينهما عموم من وجه، لأنّ الطائفة الأُولى مطلقة بحسب المورد وتقتضي مانعية الوطء عن الرد كان ذلك في عيوب السنة أم كان في غيرها، والطائفة الثانية أيضاً مطلقة بحسب المورد لأنها تقتضي الخيار في عيوب السنة كان مع الوطء أم بدونه، فيتعارضان في مادّة الاجتماع فيسقطان، والمرجع عمومات لزوم المعاملة نحو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(٢) وقوله (عليه السلام) «إنّ البيع يلزم بعد الثلاثة في الحيوان»(٣) والمتحصّل أنه لا خيار في عيوب السنة بعد الوطء.

الجهة السادسة: أنه ذكر بعض الأصحاب أنّ عيوب السنة نظير غيرها من العيوب في الأحكام فيحكم فيها بثبوت كل من الردّ والأرش من الابتداء أو بعد تعذّر الردّ لوطء أو موت ونحوهما، ولكن الصحيح أنه لا أرش في المقام، لما قد تقدّم أنّ ثبوت الأرش على خلاف القاعدة، والعقلاء إنما يحكمون بجواز الردّ عند ظهور

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ٣ (مع اختلاف يسير).

(٢) المائدة ٥ : ١.

(٣) روي مضمونه في الوسائل ١٨ : ١٢ / أبواب الخيار ب ٣ ح ٩.

العيب في المبيع دون الأرش ، وهو إنما يثبت على خلاف القاعدة فلابدّ من الاقتصار فيه على مورده وهو غير عيوب السنة ، إذ لم يرد في شيء من الأخبار المستفيضة ما يدل على الأرش فيها ، بل كلّها اشتمل على أنّ المبيع يرد من العيوب الأربعة المتقدّمة فلا أرش في المقام .

نعم لو قلنا إنّ الأرش على طبق القاعدة وأثبتنا أنّ مواد تلك العيوب أيضاً كانت موجودة حال العقد وقبله كما قيل ، فلا محالة يثبت الأرش في المقام أيضاً ، إلّا أنّ كليهما على خلاف الواقع ، لأنّ الأرش ليس على وفق القاعدة ، وهذه العيوب لا دليل على كونها في المبيع قبل ظهورها فيه ، إذ من الممكن أن يحدث في ملك المشتري كما إذا جنّ لدهشة عرضته على ما تقدّم ، هذا تمام الكلام في عيوب السنة .

الكلام في العيوب المتفرّقة

قد تقدّم الميزان في صدق العيب على نحو الكلّية ، والغرض في المقام التنبيه والاشارة إلى بعض العيوب . قد ذكروا أنّ الكفر من العيوب ، وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الكفر ليس في نفسه بعيب ، لأنه ليس على خلاف الخلقة الأصلية ، فإنّها لا تقتضي شيئاً من الكفر أو الإيمان ، نعم في الإنسان قوّة لو لم يزلها عن نفسه بشهواته لأوصلته إلى الإسلام أعني التوحيد فقط ، دون البنوّة لأنّها ليست من الفطرة ، أو توصله إلى البنوّة أيضاً ، لأنّ حقيقة الإسلام من شؤون التوحيد وهو مقتضى الفطرة البشرية .

وكيف كان فالخلقة في نفسها لا تقتضي شيئاً من الكفر أو الإسلام فلا يكون عيباً ، إلّا أنّ الغالب في العبيد والإماء في بلاد الإسلام لمّا كان هو الإسلام ، فالإقدام

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٨٩.

على شرائها يقتضي اشتراط الإسلام فيها بحسب الارتكاز والغلبة وتخلّفه يوجب خيار تخلّف الشرط ، هذا .

والصحيح هو ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه)[1] من التفصيل بين أنحاء الكفر فإنّ مثل التهوّد والتنصّر لا يكون عيباً في العبيد ، لأنّ الإسلام في العبد كما أنه يوجب رغبة بعضهم إلى شرائه كذلك التهوّد والتنصّر فيه يوجب رغبة نوع آخر من العقلاء في شرائه حتى من المسلمين غير المبالين في الدين ، ولو من جهة ملاحظة أنّ العبد المسلم يشتغل في مقدار من الزمان بالوظائف الإسلامية فتبقى أشغاله وأفعاله على حالها ، فيشتري اليهودي أو النصراني لئلّا يشغل نفسه بالعبادات اللازمة على المسلمين ويشتغل بأُمور مولاه ، فالكفر بذلك نظير الخصاء في العبد الذي يرغب إليه بعض الفسقة ويبذل بازائه المال ، فلا يكون الخصاء موجباً لنقص القيمة ، فالتهوّد والتنصّر لا يكونان بعيب .

وأمّا النجاسة فهي مضافاً إلى كونها محل خلاف في أهل الكتاب ، لا تمنع عن الاشتغال بالأفعال التي لا يشترط فيها الطهارة ، فلا تكون عيباً .

وأمّا الكفر بمثل التوثّن والتمجّس فهو عيب وموجب لعدم رغبة النوع إليه بملاحظة أنّهما يمنعان عن مثل الوطء فيما إذا كان المبيع أمة لأجل النهي الشرعي وفوات مثل هذه الفائدة من العيب كما هو واضح ، فما أفاده العلّامة متين .

ثم إنه (قدّس سرّه) تعرّض في أثناء كلامه إلى أنّ العيب هو عدم قابلية المبيع للانتفاع نوعاً ، وأمّا عدمها بالاضافة إلى شخص المشتري فلا يعدّ من العيب .

وهو كما أفاده (قدّس سرّه) لأنه إذا اشترى أُخت مملوكته فإنه لا يمكنه الانتفاع بها بالوطء لعدم جواز الجمع بين الأُختين كانتا مملوكتين أو إحداهما مملوكة

---

(١) التذكرة ١١ : ١٩٧ .

والأُخرى زوجة ، إلّا أنه لا يوجب العيب في المملوكة ، أو فرضنا العبد ممن ينعتق عليه ، فإنّ المناط هو عدم الانتفاع به بحسب النوع فإنه الذي يوجب نقصان قيمته دون شخص المشتري .

ومن جملة العيوب وجود علامة الوقف في المبيع ولو بحسب الاشتهار إن لم يبلغ إلى حدّ الحجّية ، والوجه في ذلك أنّ اشتهار الوقف في المبيع كالدار أو وجود علامته فيه يوجب نقصان قيمته لا محالة فلا محالة يدخل تحت ضابطة العيب .

ومنها : كون العبد ساحراً أو نمّاماً أو شارب الخمر ، والانصاف أنّ هذه الأُمور إن بلغت إلى حدّ يوجب الفتنة وفوات الانتفاعات منها بحسب النوع فلا محالة توجب نقصان قيمته ويكون عيباً ، وأمّا إذا لم يبلغ إلى تلك المرتبة فلا لأنه لا يوجد عبد يكون عادلاً بتمام معنى العدالة فلو لم يكن نمّاماً فلا محالة كاذب أو يتّصف بغيره من الأُمور القادحة في العدالة ، إلّا أنّها لا تعد عيباً كما هو ظاهر وبذلك يلحق كون الرقيق خشن الصوت أو رطب الكلام فإنها ممّا لا يوجب تبعّض القيمة كما تقدّم ، هذا تمام الكلام في المقام ويقع البحث بعد ذلك في الأرش .

القول في الأرش

الأرش عبارة عن المال الذي يطالبه البائع من المشتري على تقدير كون الثمن معيباً أو يطالبه المشتري من البائع فيما إذا كان المثمن معيباً ، والغالب هو الثاني لأنّ الثمن بحسب الغالب يكون من النقود والصحة فيها غالبية بخلاف المثمن ، وكيف كان فهذا هو المراد بالأرش في المقام ، ولا كلام لنا في الاصطلاح والألفاظ فإن شئت فعبّر عنه بلفظ آخر ، إلّا أنّ الفقهاء قد أطلقوا عليه لفظ الأرش ، وهو في اللغة(١) بمعنى الفساد ، إلّا أنّهم اصطلحوا به في الدية والمال الذي يطالبه أحد المتعاملين عن الآخر ، وقد جروا على هذا الاصطلاح في المقام وغيره من المقامات ومنها المال المأخوذ في جناية الإنسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي .

إذا عرفت المراد بالأرش في المقام فتفصيل القول فيه يتم في ضمن جهات :

الجهة الأُولى : في أنّ الأرش هل هو على وفق القاعدة بحيث لو لم يكن في البين ما يدلّ عليه من الأخبار وغيرها أيضاً كنّا نلتزم به ، أو أنه على خلاف القاعدة ويحتاج فيه إلى دلالة دليل ؟ الظاهر كما مرّت الاشارة إليه غير مرّة هو الثاني ، وذلك لأنّ وصف الصحة نظير غيره من الأوصاف ممّا لا يقابل بالمال وإنما الثمن يقع في مقابل ذات الشيء ، وليست الأوصاف كالأجزاء من حيث مقابلتها

---

(١) المصباح المنير : ١٢ مادّة « أرش » .

بالمال ، لما ذكرناه غير مرّة من أنّ البيع الواقع بازاء شيء ينحل إلى بيوع متعدّدة حسب تعدّد أجزائه ، فبيع شيء بدرهم ينحل إلى بيع نصفه بنصف الدرهم وثلثه بثلثه وهكذا ، نعم الأوصاف التي منها وصف الصحة توجب زيادة قيمة المال وماليته ، لأنّ المال الذي يبذل بازاء الصحيح أكثر ممّا يبذل بازاء المعيب ، كما أنّ ما يعطى في مقابل الكاتب أو النظيف أكثر ممّا يعطى بازاء غير الكاتب أو غير النظيف ولعلّه ظاهر .

ومن هنا صحّت معاملة المتجانسين فيما إذا كان أحدهما صحيحاً والآخر معيباً وكانا بحسب القيمة أو العدد متساويين كما إذا اشترى عشرة دراهم صحيحة بعشرة دراهم معيبة ، فإنّ المعاملة صحيحة حينئذ بلا خلاف فيها بينهم ، إلّا أنّ صحتها تبتني على ما ذكرناه من عدم مقابلة وصف الصحة بالمال وإلّا لبطلت المعاملة المذكورة لاستلزامها الربا الحرام ، وذلك لأنّ درهماً من العشرة المعيبة حينئذ لابدّ من أن يقع بازاء وصف الصحة في العشرة الصحيحة ويكون العشرة في طرف الصحيحة مقابلة بتسعة دراهم في طرف المعيبة ويزيد أحدهما على الآخر بدرهم وهو زيادة محرّمة ، وحيث إنّ المعاملة المذكورة صحيحة فيستكشف منها أنّ الصحة ممّا لا يقابل بالمال .

بل لو قوبلت بالمال في معاملة بطلت كما إذا اشترى عشرة صحيحة بإحدى عشر معيبة بأن يقع أحد الدراهم في طرف المعيبة بازاء وصف الصحة في طرف الصحيحة لأنّها كما تقدّمت من الربا المحرّم ، فإذا لم يكن وصف الصحة مقابلاً بالمال فلا يكون ذمّة البائع مشغولة بشيء زائد عمّا دفعه إلى المشتري حتى يستحقّه المشتري ، نعم إذا ظهر أنّ المال معيب يثبت له خيار تخلّف الوصف الذي هو بمعنى تخلّف الشرط ومن هذه الجهة يثبت له الخيار بين ردّه وإبقائه ، وأمّا مطالبة المشتري شيئاً زائداً عن ذات المبيع فلا مقتضي له كما عرفت .

وكذا الأدلّة الخاصة لا تستفاد منها كون الأرش على طبق القاعدة .

وكيف كان ، فالأوصاف وإن كانت مقوّمة لمالية المال كما عـرفت بحـيث لا يبذل بازائه شيء إذا فقد عنه الأوصاف ، لأنّ العقلاء إنما يبذلون المال في مقابله فيما إذا كانت له أوصاف ومنافع يرغبون إليها ، ومن هنا لا يبذلون المال في مقابل العين إذا سلبت عنها أوصافها ومنافعها ، إلّا أنّها مع ذلك لا تقابل بالمال ، والأدلة الخاصة إنما أثبتت استحقاق الأرش بالمطالبة وأنه إذا طالب البائع به يستحقّه لئـلّا يـعمل خياره في الفسخ ، وأمّا قبل المطالبة فلا دليل على استحقاقه بل غاية ما هناك أنه لم يعمل خياره ، وأمّا أنه يتمكّن من إلزام البائع به فلا ، وهذا كما ثبت في وصف الصحة كذلك لا مانع عنه في سائر الأوصاف كما في وصـف الكـتابة أو غـيره إذا طـالبه المشتري بالتفاوت وقد رضي به البائع ودفعه إليه لئلّا يفسخ المعاملة ، وكما أنه لا يتمكّن من إلزام البائع به في وصف الكتابة كذلك لا يتمكّن من إلزامه به في وصف الصحة .

والمتحصّل : أنّ الأرش ثبت على خلاف القاعدة ، وعلى خلاف بناء العقلاء .

وممّا يؤكّد ما ذكرناه : أنّا أشرنا في أوائل هذا الخيار إلى أنّ الأرش إنما يثبت بعد عدم تمكّن المشتري من الرد بتصرف ونحوه ولا يثبت من حين المعاملة ، فـلو كان على وفق القاعدة لكان ثابتاً من الابتداء . هذا مـضافاً إلى أنّ لازم ذلك أنّ يلتزم باشتغال ذمّة البائع بالثمن من ابتداء المعاملة كما يلتزمون به في فقد الأجـزاء هذا .

ولكن السيد (قـدّس سرّه)[١] ذهب في حـاشيته إلى أنّ الأرش عـلى طـبق القاعدة مع تسليمه لما ذكرناه آنفاً بتمامه ، بدعوى أنّ للمعاملة مرحلتين : إحداهما

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٠١ من مبحث الخيارات .

مرحلة الظاهر ، وثانيتهما مرحلة اللبّ والواقع ، والثمن وإن كان لا يقع بازاء وصف الصحة في مرحلة الظاهر ومن هنا حكمنا بصحة المعاملة في المتجانسين الفاقد أحدهما لوصف الصحة كما مرّ ، إلّا أنها بحسب اللبّ ليس كذلك ، فإنّ المشتري إنما يبذل الثمن في مقابل الذات ووصف صحته بحيث لو كان عالماً بعدم صحته لما رضي بدفع المال في مقابله ، فإذا طالبه بالأرش فقد فسخ المعاملة بالاضافة إلى وصف الصحة بمعنى أنه أراد استرداد ما دفعه في مقابل وصف الصحة وفسخ المعاملة بالاضافة إليه ، فلا محالة يستحق الجزء الواقع في مقابل وصف الصحة فيكون الأرش على طبق القاعدة ويستحقّه بالمطالبة وإن لم يدل عليه دليل أيضاً ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) يشبه بالعرفان ولا يمكن المساعدة عليه بوجه ، لأنه إن أراد من المعاملة ما يبذل بازاء المال(١) ففيه : أنها ممّا لا يتّصف بالظاهر والواقع ، لأنّ المعاملة كما ذكرناها في محله أمر اعتباري يبرز في الخارج بمبرز ما ، وهذا لا ظاهر فيه ، بل إن تحقّق فهو موجود بحسب الظاهر والواقع وإلّا فهو معدوم ، والاتّصاف بهما إنما يتم في الأُمور الواقعية كما إذا رأى جسماً وتخيّل أنه حجر وكان في الواقع إنساناً ، وأمّا في الأُمور الاعتبارية فلا ، وحينئذ فإن اعتبر مقداراً من المال في مقابل وصف الصحة وأبرزه فقد بذل المال في مقابل وصف الصحة ظاهراً وواقعاً ، وإن لم يبذله إلّا في مقابل ذات المال فلم يقع في مقابل الصحة شيء لا بحسب الظاهر ولا بحسب الواقع ، ولعلّه (قدّس سرّه) نظر بهذا الكلام إلى اختلاف الدواعي وأنّ داعي المشتري إلى بذل كذا مقدار من الثمن في مقابل المبيع إنما هو وصف صحته بحيث لو لم يكن بهذا الوصف لما بذله في مقابله ، وحينئذ فما أفاده (قدّس سرّه) متين ، إلّا أنّ تخلّف الدواعي لا يوجب الأرش وإلّا لسحبناه إلى

---

(١) كذا عبّر (دام ظلّه) والأولى أن يقال إنه إن أراد بالمعاملة وقوع المال في مقابلة شيء .

غير وصف الصحة من الأوصاف كما إذا بذل مقداراً من المال في مقابل العبد بداعي أنه كاتب ثم ظهر خلافه مع أنه ولا غيره من الفقهاء لا يلتزمون بالأرش في غير وصف الصحة ، نعم غاية ما في الباب أنّ تخلّف الداعي يوجب الخيار أعني خيار تخلّف الوصف أو الشرط ، وأمّا الأرش فلا .

والمتحصّل : أنّ الأرش ليس على وفق القاعدة وأنه غرامة تعبّدية ثبتت بالأخبار ولولاها لما كنّا نلتزم به بوجه ، وعليه فلابدّ من ملاحظة أنّ الأخبار أثبتت الأرش في أي مورد وبأيّة كيفية .

الجهة الثانية : في كيفية الأرش المستفادة من الأخبار :

لا يخفى أنّ الأرش ليس هو نفس التفاوت الواقعي بين قيمتي الصحيح والمعيب ، وإنما هو عبارة عن الأخذ من الثمن بنسبة تفاوت قيمة معيب الشيء وصحيحه ، مثلاً إذا اشترى شيئاً بخمسة وعشرين درهماً وكان صحيحه يسوى بخمسين ومعيبه بخمسة وعشرين فلا يؤخذ حينئذ نفس التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب بحسب الواقع الذي هو عبارة عن خمسة وعشرين بحيث يبقى العين للمشتري مجاناً وبلا عوض ، بل يؤخذ من الثمن المسمّى بنسبة تفاوت قيمة المعيب والصحيح وهي النصف في المثال فيؤخذ من الثمن نصفه أعني اثنى عشر ونصفاً .

وهذا لا من جهة ما ربما يقال من أنّ الأخذ بنفس التفاوت الواقعي يستلزم اجتماع العوض والمعوّض ، وذلك لما عرفت من أنّ وصف الصحة لا يقابل بالمال حتى يكون الأرش من أجزاء العوض ويكون اجتماعه مع المبيع عند المشتري من اجتماع العوض والمعوّض ، بل الأرش غرامة تعبّدية يثبت بالدليل ، وليس هناك اجتماع عوض مع العوض بل هو اجتماع الغرامة مع المعوّض ، ولا مانع من أن تكون الغرامة أزيد من المعوّض كما التزموا بذلك في ديّة جناية الجاني إذا وقعت الجناية على عبد الغير وفرضنا الديّة من المقدّر الشرعي وكان العبد كبيراً عاجزاً لا يسوى

إلّا بنصف الديّة المقدّرة شرعاً .

بل الوجه في عدم كون الأرش عبارة عن نفس التفاوت بين القيمتين الواقعيتين هو أنه لا مقتضي لكون الأرش عبارة عن نفس التفاوت ، فإنّ الأخبار(١) الواردة في الأرش بعضها بلسان أنه يردّ البائع أرش العيب ، وبعضها الآخر بلسان أنّه ينقص عن قيمة المبيع بقدر قيمة العيب ، وبعضها الآخر بلسان أنه ترد قيمة العيب ، وعلى كل حال فظاهرها أنّ الأرش هو بعض الثمن لا تمامه وظهورها العرفي في استرداد بعض الثمن مما لا يكاد يخفي ، ومن البديهي أنّ الأرش على تقدير كونه عبارة عن نفس التفاوت ربما يكون أزيد من الثمن وهو على خلاف ظواهر الأخبار لأنّ قوله (عليه السلام) يردّ وينقص ظاهران في أنه بعض الثمن لا تمامه ، وعليه يكون الأرش عبارة عن المعنى الثاني دون الأول لعدم المقتضي له لا لأجل وجود المانع فلا تغفل .

وأمّا وجه عدم تعرّضهم (عليهم السلام) لذلك في الأخبار أي لكون الأرش عبارة عن نسبة التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب ، فهو أنّ الأخبار إنما وردت على طبق الغالب ، والغالب هو عدم الغبن في المعاملة وفي مثلها وردت أنّ الأرش هو قيمة العيب ونحوها ، ومن هنا لم تشمل ما إذا كانت قيمته مستوعبة للثمن لأنّها إنما تكون كذلك في صورة الغبن في المعيب والغالب خلافها .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) بعد ردّ ما يتوهّم من ظاهر كلام جماعة من القدماء من تمثيله بما إذا اشترى جارية بدينارين وكانت معيبها تسوى مائة وصحيحها تسوى أزيد فيلزم استحقاق مائة دينار الخ ، فممّا لا محصّل

(١) الوسائل ١٨ : ١٠٢ / أبواب أحكام العيوب ب ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ .

(٢) المكاسب ٥ : ٣٩٣ .

له ، لأنّ المحتمل في المقام أمران : أحدهما كون الأرش عبارة عن نفس التفاوت بين القيمتين . وثانيهما : كونه عبارة عن نسبة التفاوت بينهما من الثمن بأن يقوّم المبيع على تقدير كونه صحيحاً بكذا ويقوّم أيضاً معيباً بأن يقال إنّ هذا الشيء يسوى بكذا لو كان صحيحاً ومعيبه بكذا ويؤخذ بنسبة التفاوت بينهما من الثمن ، وأمّا احتمال أن يكون الأرش عبارة عن نفس قيمة المعيب كما هو ظاهر مثال شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فهو غير متحقّق ولم يحتمله أحد ولعلّه صدر من سهور القلم ونحوه .

إلى هنا تحصّل : أنّ الأرش هو ما يؤخذ من الثمن بنسبة تفاوت قيمة المعيب إلى قيمة الصحيح ، وأمّا ما في بعض الأخبار كرواية زرارة المتقدّمة في أوائل هذا الخيار من قوله (عليه السلام) « ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به »[١] أي لو لم يكن به عيب ، فهو وإن كان بحسب بادىء النظر ظاهراً في كون الأرش عبارة عن نفس التفاوت ، إلّا أنّ الصحيح أنه أيضاً غير مناف لما ذكرناه ، لأنّ الروايات الواردة في الأرش إنما سيقت على طبق الغالب والغالب في المعاملات وقوع البيع على المبيع بقيمته السوقية وعدم الغبن فيها ، وكون الثمن مساوياً للقيمة الواقعية بحيث لا يكون فيها خيار من غير ناحية العيب ويكون نسبة ما بين قيمتي الصحيح والمعيب من الثمن بمقدار نفس التفاوت حينئذ ويصح قوله (عليه السلام) يرد عليه بمقدار النقص والعيب من ثمن ذلك الشيء أي قيمته على تقدير عدم العيب فيه .

والمتحصّل : أنّ الأخبار كلّها ناظرة إلى إثبات الأرش الذي يكون أنقص من الثمن كما هو المطابق للمتفاهم العرفي أيضاً . ويؤيّده أنّا لا نعهد فقيهاً من العرب والعجم يلتزم بردّ الأرش الزائد عن الثمن بأضعافه ، وعليه فإذا اشترى المعيب بقيمة

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠ / أبواب الخيار ب١٦ ح ٢ .

رخيصة وكان التفاوت أكثر من ثمنه فلا نلتزم فيه بالتفاوت لعدم شمول الأخبار لمثله وكونه على خلاف القاعدة ، والمتيقّن منه بعد سقوط احتمال أن يكون الأرش عبارة عن نفس التفاوت هو الأخذ من الثمن بنسبة قيمة المعيب إلى الصحيح .

واحتمال عدم ثبوت الأرش فيما إذا كان الأرش أكثر من ثمنه واختصاصه بما إذا كان أقل منه مقطوع العدم ، للاتّفاق القطعي من الشيعة والسنّة على ثبوت الأرش في مطلق العيب ، وعليه فلابدّ من الالتزام بالأرش بالمعنى الذي ذكرناه أعني الأخذ بالنسبة من الثمن دون القيمة الواقعية ، وهو يجري في جميع المعاملات وموافق للفهم العرفي أيضاً .

وبعبارة اُخرى مع توضيح زائد : أنّ الوجه فيما ذكرناه من أنّ الأرش إنّما هو التفاوت بين القيمتين بالنسبة إلى الثمن المسمّى دون القيمة الواقعية ، هو أنّ لازم كون الأرش عبارة عن التفاوت بالنسبة إلى القيمة الواقعية الالتزام بوجوب ردّ أكثر من الثمن فيما إذا اشتراه بقيمة رخيصة عن القيمة السوقية ، وقد مرّ أنّ احتمال عدم ثبوت الأرش في مثله واختصاصه بما إذا كان الأرش أقل من الثمن مقطوع العدم ، لأنّ من التزم بالأرش يلتزم به في جميع الموارد .

فلا محيص حينئذ من أن يقال إنّ الأرش ليس عبارة عن الأخذ بالنسبة من القيمة الواقعية أي بنفس التفاوت بين القيمتين ، وإنما هو أمر آخر لابدّ من استفادته بمعونة القرائن في الأخبار وهو ما ذكرناه من كونه عبارة عن الأخذ بالنسبة من الثمن المسمّى وهو أيضاً موافق للفهم العرفي كما لا يخفى .

وأمّا الأخبار فهي بأجمعها إمّا ظاهرة في كون الأرش ملحوظاً من القيمة الواقعية وإمّا ساكتة عن تعيين أنه ملحوظ من القيمة الواقعية أو من الثمن المسمّى وهذا كقوله (عليه السلام) في بعض الأخبار « يرد عليه بقدر ما نقّصه الداء

والعيب »[١] فإنه ساكت عن بيان المقيس عليه وأنه يردّ عليه بقدر ما نقّصه الداء من الثمن المسمّى أو من القيمة الواقعية ، فلابدّ في تعيين الأرش من الاعتماد على قرائن الأخبار وما يستفاد منها بحسب الفهم العرفي .

وأمّا ما في بعض الأخبار من أنه يوضع من ثمنه بمقدار ما نقصه العيب فقد تقدّم وعرفت أنّها منزّلة على بيان المعاملة الغالبة العرفية وهي المعاملة مع تساوي الثمن والقيمة الواقعية وعدم الغبن فيها بحيث لا يكون فيها خيار من غير ناحية العيب ، فيكون الثمن المسمّى حينئذ مساوياً للقيمة السوقية الواقعية ، فلا دلالة فيها على تعيين الأرش بالاضافة إلى القيمة الواقعية كما لا يخفى .

فلابدّ من الاعتماد على الفهم العرفي والقرائن وقد مرّ أنّ ما يساعد عليه الفهم العرفي هو ملاحظة التفاوت من الثمن المسمّى دون القيمة الواقعية ، وسرّ هذا الفهم العرفي هو أنّ ضمان البائع لوصف الصحة ليس بضمان يد كما في الغصب حتى يحكم بضمانه للتالف بقيمته الواقعية كما إذا زال وصف الكتابة عن العبد تحت يد شخص آخر فإنه يضمنها بقيمتها الواقعية وهو واضح ، وذلك لأنّ الثمن ملك للبائع وليس هو ملكاً لشخص آخر حتى يضمنه البائع ، كما أنّ المبيع ملك للمشتري ولم يتصرف البائع في مال غيره أي غير نفسه حتى يضمنه بضمان اليد ، كما أنّ ضمانه لوصف الصحة ليس من ضمان المعاوضة حتى يحكم بضمانه للقيمة المسماة أي الثمن ، وذلك لما عرفت من أنّ وصف الصحة لا يقابل بالمال ولا يعاوض بشيء حتى يضمنها بضمان معاوضي ، لأنه مثلاً إذا اشترى كذا مقداراً من الحنطة على وجه كلّي في ذمّة البائع ولم يرد البائع إليه تمام ما في ذمّته وأعطاه ناقصاً عمّا في ذمّته بمنّ ففي مثله يضمن البائع للمشتري نفس ذلك الجزء الكلّي الناقص كالمنّ ويطالبه المشتري بنفس ذلك

---

(١) تقدّم مصدره في الصفحة السابقة .

الناقص ويجب على البائع تحصيله ودفعه إلى المشتري ، ولا يضمن له قيمة الناقص بحسب القيمة الواقعية .

وأمّا إذا كان المبيع شخصياً كما إذا اشترى عشرة أمنان معيّنة في الخارج ولم يدفع البائع إليه تمامها ، فإنّه حينئذ يضمن للمشتري قيمة الجزء الناقص بحسب القيمة المسماة ، وليس للمشتري أن يطالبه بتحصيل منّ من الحنطة مثلاً ، لأنّ ملكه هو الموجود الخارجي ولم يسلم له فيضمن قيمته المسماة ، ويسمّى ذلك بالضمان المعاوضي لأنّه بدفعه الثمن في مقابل المبيع يضمن البائع له ذلك المبيع فإذا لم يدفع إليه يطالب بما يخصّه من الثمن ، نعم للمشتري الخيار في ردّ المعاملة أو قبولها مع النقص باسترداد ما يقابله من الثمن ، وليس المقام من ذلك القبيل لأنّ الصحّة لم يقابل بشيء حتّى يضمنها البائع بالضمان المعاوضي وغاية ما يدلّ عليه الأخبار الواردة في الأرش هو أنّ وصف الصحة عند الشارع بمنزلة الجزء في الجملة لا في تمام آثاره ، ومن الظاهر أنّ تخلّف الجزء إنّما يوجب عدم انتقال ما يقابله من الثمن المسمّى إلى البائع ولا ربط له بالقيمة الواقعية ، نعم ليس وصف الصحة كالجزء في جميع آثاره حتى في ضمان البائع لما يقابله من الثمن من عينه بل هو كالغرامة لا يختص بعين الثمن ، وكذا ليس نظير الجزء في انفساخ المعاملة بانتفائه بل هو كالجزء حكماً لا حقيقة ونزّل منزلة الجزء في خصوص ضمانه من الثمن لا بحسب القيمة الواقعية والذي ألجأنا إلى تفسير الأرش بما عرفت هو اتّفاق الشيعة والسنّة على عدم كونه عبارة عن نسبة التفاوت من القيمة الواقعية بل لم يختلف اثنان في أنّه نسبة التفاوت من الثمن المسمّى وهذا ظاهر .

الجهة الثالثة : في أنّ الأرش هل يجب أن يكون من عين الثمن كما ذهب إليه

بعض الأوائل والأواخر وقرّبه السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[١] أو لا يتعيّن أن يكون من عينه ويصح دفعه من مال آخر كما هو المشهور ؟

الصحيح هو الثاني ، لما عرفت من أنّ الأرش ثبت على خلاف القاعدة وأنه غرامة ، والظاهر منه أنّ الواجب هو طبيعي الغرامة والأرش وأمّا خصوصية كونه من عين الثمن فيحتاج إلى دليل وهو مفقود ، ولا دلالة في شيء من الأخبار الواردة في المقام على لزوم كون الأرش من نفس الثمن حتى في مثل رواية زرارة المتقدّمة لأنّ قوله (عليه السلام) فيها « يردّ عليه بقدر ما نقص ... من ثمن ذلك » اُريد بالثمن فيها القيمة دون الثمن الشخصي المسمّى في المعاملة .

نعم ، هناك روايتان ظاهرتان في بدء النظر في تعيّن الأرش من عين الثمن حيث قال فيهما : ويوضع من ثمنها بقدر العيب ، إلّا أنّ التحقيق أنّهما أيضاً لا يدلّان على تعيّن كون الأرش من الثمن ، والوجه في ذلك أنّ الوضع من الثمن غير الردّ منه فإنّ ظاهر الوضع أنّ الثمن بعدُ عند المشتري ولم يدفعه إلى البائع ، وحينئذ إمّا أن يكون الثمن كلّياً في ذمّة المشتري كما هو الغالب في المعاملات ، وإمّا أن يكون الثمن شخصياً معيّناً .

فإن كان كلّياً في ذمّة المشتري فمعنى وضع الأرش من ذلك الثمن أنّ البائع وإن ملك الثمن الكلّي في ذمّة المشتري إلّا أنّ المشتري أيضاً قد ملك درهمين مثلاً من باب الأرش في ذمّة البائع ، وحيث إنّه أي المشتري مديون للبائع فبالنسبة إلى مقدار الدرهمين يتهاتران ويبرأ ذمّته ويدفع إليه الباقي ، وهذا لا دلالة له على أنّ الأرش لابدّ من أن يكون من عين الثمن كما هو ظاهر .

وإن كان الثمن شخصياً فالثمن الشخصي وإن كان ملكاً للبائع حينئذ بتمامه إلّا

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٠١ من مبحث الخيارات .

أنّ للمشتري أن يضع عنه بمقدار ما يستحقّه عليه من الأرش ويدفع إليه الباقي ، لأنّ ما يستحقّه على البائع هو مثل ما يستحقّه البائع على المشتري ، فلا دلالة فيهما على المدّعى بوجه .

فالصحيح أنّ الأرش غرامة ولا يجب دفعها من عين الثمن بوجه ، بل الواجب هو طبيعي الغرامة كما عرفت .

الجهة الرابعة : في أنّ الأرش هل يتعيّن أن يكون من النقدين مطلقاً ، أو يصح من غيرهما مطلقاً ، أو أنه يجب دفعه من النقدين إذا طالبهما المشتري لا مطلقاً ؟

لا ينبغي الإشكال في أنّ المشتري إذا طالبه بالأرش من النقدين يتعيّن على البائع دفعه منهما ، لأنّهما المتمحّضان في المالية دون غيرهما من الأموال ، ولا يمكن تبديل غيرهما بشيء آخر بالسهولة ، وهو الظاهر من قوله (عليه السلام) « يرد عليه بقدر ما نقّصه العيب من ثمن ذلك » أي من ثمنه من النقود ، ولا يبرأ ذمّة البائع بدفع الأرش من غيرهما ، هذا فيما إذا طالبه المشتري بالنقدين .

وأمّا إذا لم يطالبه بهما بل رضي بدفعه من غيرهما فلا ينبغي الإشكال حينئذ في كفاية ذلك عن الأرش .

ولكن يبقى الكلام في بحث آخر علمي لا ثمرة عملية له ، وهو أنّ المدفوع من غير النقدين هل هو عين الأرش ونفسه أو أنه بدله ؟ قوّى الأول شيخنا الأنصاري[1] إلّا أنّ الصحيح هو الثاني لما عرفت من أنّ الغرامة الثابتة على ذمّة البائع بأخبار الأرش ظاهرة في النقدين وهما اللذان اشتغلت بهما ذمّته ابتداء ، إلّا أنّ الحقّ لمّا كان بينهما ولم يكن يعدوهما كان لهما تبديل النقدين إلى جنس آخر

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٩٧.

فرضاهما بدفع غير النقدين تكون مبادلة ثانية ، والمدفوع من غير النقدين بدل الأرش لا نفسه .

الجهة الخامسة : هل يمكن أن يكون الأرش مستوعباً لتمام الثمن أو أنه أمر غير معقول وأنه لابدّ أن يكون الأرش ناقصاً عن الثمن في جميع المقامات ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الأرش لا يعقل أن يكون مستغرقاً لتمام الثمن ، والحقّ معه (قدّس سرّه) والوجه في ذلك : أنّا وإن لم نعتبر المالية في صحة المعاملة وذكرنا في أوائل البيع أنّ شراء شيء لا مالية له صحيح ومثّلنا بما إذا وجد شخص خطاً من خطوط جدّه مثلاً عند آخر وأراد شراءه منه بثمن لكثرة حبّه لجدّه فاشتراه بثمن غالٍ ، فإنّ بيعه صحيح وله غرض عقلائي في مثله أيضاً ، إلّا أنه لا يسوى بشيء عند العقلاء ، لأنّ خطّ جدّه كخطّ غيره ممّا لا قيمة له ، وكيف كان فلم نعتبر في صحته المالية .

إلّا أنّ الكلام في المقام لمّا كان في الأرش وهو إنما يعقل فيما له مالية وقيمة وإلّا فلا يفرق بين صحيحه ومعيبه ، كان مفروض الكلام في بيع شيء له مالية ، وإذا فرضنا أنّ الأرش استغرق قيمته كما إذا ظهر الرقي حامضاً لا يسوى عند العقلاء بشيء فمعناه أنه لا منفعة ولا مالية لذلك المبيع المعيب ، إذ لو كان له منفعة أو مالية لكان يسوى بشيء ولما استوعب الأرش تمام ثمنه ، وحيث إنّ البيع وقع على عنوان المال وقد ظهر لا مال فلا محيص من الالتزام ببطلان المعاملة حينئذ ، لأنّ الموجود غير جنس المبيع وتخلّف الصور النوعية والأجناس يوجب البطلان .

وأمّا إذا فرضنا أنّ للمعيب منفعة نادرة فهو خارج عن محل الكلام ، لأنه حينئذ يسوى بالمال غاية الأمر أنّ المبذول بازائه يكون قليلاً فلا يكون الأرش

---

(١) المكاسب ٥ : ٣٩٨.

مستوعباً لتمام ثمنه .

نعم ذكر شيخنا الأنصاري أنّ الأرش المستوعب لتمام الثمن يتصوّر في العيب الحادث بعد البيع كما إذا اشترى شيئاً وقبضه ثم حدث فيه عيب في ثلاثة أيام أعني زمان الخيار الذي قلنا بضمان البائع للعيب الحادث فيه وكان العيب مستوعباً لتمام قيمته ، فإنّ المشتري يطالب البائع حينئذ بتمام الثمن ويبقى العين مملوكة له أي للمشتري وإن لم يكن مالاً ، أو إذا فرضنا عدم كونه ملكاً أيضاً فهو متعلّق حقّ المشتري ومع ذلك يطالب البائع بتمام ثمنه الذي هو الأرش حسب الفرض ، هذا .

ولا يخفى ما فيه ، فإنّ الأرش إنما يختص بالعيب السابق على العقد ، وأمّا ما حدث بعده ولو في زمان الخيار أو قبل القبض فلا دليل على ثبوت الأرش في مثله لأنه على خلاف القاعدة وإنما أثبتته الأخبار في العيب السابق على البيع ، هذا كلّه فيما إذا لم يكن الأرش مستوعباً لتمام الثمن فضلاً عمّا إذا كان مستوعباً له ، نعم البائع ضامن للعيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض ، إلّا أنّ معنى ضمانه كما سيأتي في أحكام الخيار والقبض إن شاء الله تعالى انفساخ المعاملة ورجوع الثمن إلى المشتري ، وفي المقام أيضاً تنفسخ المعاملة بحدوث العيب بعد البيع في زمان الخيار أو فيما قبل القبض ويرجع الثمن إلى المشتري ، إلّا أنّ المعيب يرجع إلى البائع مالاً كان أم ملكاً ، ولا يكون متعلّقاً لملك المشتري أو حقّه ، فيكون التعيّب بعد البيع بما يوجب استيعاب الأرش لتمام القيمة ملحقاً بالتلف فيدخل تحت قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه أو في زمان الخيار فهو من مال بائعه الذي هو بمعنى الانفساخ ورجوع الثمن إلى المشتري ولا يبقى له المبيع ، لا أنه يطالبه بالأرش كما احتمل ما ذكرناه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فما أفاده (قدّس سرّه) ممّا لا يمكن الالتزام به .

نعم يمكن تصوير الأرش المستوعب لتمام الثمن فيما إذا كان المبيع متموّلاً في حدّ نفسه إلّا أنّ بقاء ماليته احتاج إلى بذل أكثر من قيمته وهذا كالكتاب إذا تعيّب

أو العبد تمرّض وتوقّف إصلاحهما إلى بذل أكثر من قيمتهما ، ولكنّهما في نفسهما متموّلان وإبقاء ماليتهما يحتاج إلى نفقة زائدة على قيمتهما لا أنّ ماليتهما ارتفعت بتمامها ، وحينئذ إذا اشتراه أحد يتمكّن من مطالبة البائع بالأرش الذي هو أكثر من الثمن مع بقائهما في ملك المشتري وكونهما مالاً ، هذا .

ولكن الانصاف أنّ هذا المثال أيضاً غير تام ، لأنّ المفروض أنّ المبيع متموّل ويبذل بازائه مال لامكان الاستفادة منه في شيء في المطالعة أو العتق ونحوهما ومن هنا لو أتلفهما أحد لضمن قيمتهما ، ومع ذلك لا يعقل أن يكون الأرش مستوعباً لتمام الثمن فلا محالة يكون أقل منه ولو بمقدار طفيف ، وأمّا إذا صار بحيث لا يبذل بازائه مال فالكلام فيه هو الكلام في سابقه حيث عرفت أنّ المعاملة باطلة في مثله ، لأنه إنّما اشتراه بعنوان أنه مال وقد خرج عن كونه مالاً ، فالمعاملة باطلة وإن صحّحنا بيع ما لا مالية له ، إلّا أنّ في المقام المعاملة وقعت على عنوان المال وتخلّفه يوجب البطلان .

فالصحيح أنّ الأرش المستوعب لتمام الثمن غير معقول ، وهذا في العيوب الخارجية ظاهر فإنّ المبيع إذا استوعب الأرش ثمنه يسقط عن المالية فتبطل المعاملة ، إلّا أنّ العلّامة (قدّس سرّه)[1] على ما حكي عنه صوّر ذلك في العيوب الاعتبارية وذكر أنّ العبد الجاني عمداً يتوقّف بيعه على إجازة المجني عليه والمشتري يتمكّن من الفسخ إذا كان جاهلاً فيرجع بثمنه ، كما أنه يتمكّن من إمضائه والمطالبة بالأرش ، فإن كانت الجناية مستوعبة تمام القيمة فالأرش ثمنه أيضاً أي يرجع بتمام الثمن لأنه أرشه إلى آخر ما أفاده (قدّس سرّه) حيث صرّح بجواز مطالبة الأرش المستوعب لتمام قيمة العبد .

---

(١) التذكرة ١١ : ٢٠٦ .

وتوضيح ما أفاده في هذا الفرع : هو أنّ جناية العبد إمّا أن تكون عمدية وإمّا أن تكون غير عمدية كالخطأ وشبه العمد لأنه أيضاً ملحق بالخطأ فيما نذكره .

فإن كانت الجناية غير عمدية فلا يثبت للمجني عليه على تقدير حياته أو لوليّه على تقدير موته حق في عين العبد ، لأنّ الجناية خطأ وإنما يثبت لهما المطالبة بالدية وأرش الجناية من سيّده ، وللمولى أن يبيع ذلك العبد قبل مطالبة المجني عليه بالدية وبعده ، وليس له ولا لوليّه الممانعة عن بيعه لأنه ليس مورداً لحقّه ، والمالك لابدّ من أن يدفع الدية إلى المجني عليه أو وليّه ، والدية أقل الأمرين من قيمة العبد وأرش الجناية ، فيرى المالك أيّهما أقل يدفعه إلى المجني عليه ، وبيع العبد في هذه الصورة صحيح وليس للمشتري الفسخ .

إلّا أنّ هذا كلّه فيما إذا كان المالك موسراً متمكّناً من ردّ الدية ، وأمّا إذا كان معسراً فللمجني عليه أن يأخذ بالعبد ويسترقّه بتمامه إذا كانت الدية مستوعبة لقيمته ، أو يسترقّ ببعضه إن كانت أقل من قيمته ، فإن استرقّه بتمامه فالمعاملة الواقعة عليه باطلة ويرجع المشتري الجاهل بالحال إلى المالك بثمنه ، وإن استرقّه ببعضه فيثبت للمشتري خيار تبعّض الصفقة ، وأمّا إذا كان المشتري عالماً بالحال فلا يتمكّن من الرجوع إلى المالك ولا يثبت له الخيار ، هذا فيما إذا كانت الجناية غير عمدية .

وأمّا إذا كانت عمدية فنفس العبد الجاني يكون متعلّقاً لحق المجني عليه أو وليّه ولهما أن يسترقّاه ، كما أنهما مختاران في الاقتصاص منه وفي ردّه إلى مالكه ومطالبته بالدية ، فإذا باع العبد في هذه الصورة فالبيع يتوقّف على إجازة المجني عليه وإلّا بطل ، فإن أجازه فيجب على المالك أن يدفع الدية إلى المجني عليه وقد عرفت أنها أقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد ، وأمّا المشتري فإن كان

جاهلاً فله أن يفسخ العقد ويرجع بتمام الثمن كما أنّ له الامضاء والمطالبة بـالأرش وحينئذ إن كان الأرش مستوعباً لتمام قيمته يرجع على البـائع بـتمام الثمـن أيـضاً وهذه هي محل استشهادنا من كلام العلّامة ، والفرق بينه وبين صورة فسخ العـقد ورجوعه بتمام ثمنه أنه فيها يرجع بعين ثمنه ، وأمّا في صورة مطالبة الأرش المستوعب يطالبه بمقدار الثمن وإن لم يكن عينه ، وإن لم يستوعب القيمة فيرجع ببعض الثمـن هذه خلاصة ما أفاده العلّامة في المقام ، وفي هذا الفرع كلام طويل ولكنّا لا نتعرّض إلّا لجملتين من كلامه .

الجملة الأُولى : ما أفاده هو وغيره من أنّ صحة البيع في موارد تعلّق حق الغير بالعين تتوقّف على إجازة صاحب الحق كما في حق الرهانة أو الجناية ونحوهما إلّا أنّا ذكرنا في محلّه أنّ بيع العين لا ينافي تعلّق حق الغير بها ، لأنّ ذي الحق له أن يستوفى حقّه منها ، كان مالكها هو البائع أم كان هـو المشـتري ، ولا خـصوصية للمالك ، وهذا نظير ما إذا مات مالك العين وانتقلت إلى ورثته فإنه لا ينافي حق الغير المتعلّق به ، وما دام لا ينافي البيع حق الغير لا وجه لتوقّف صحته على إجازته لأنه أجنبي عن العين ولا ربط له بها من حيث كونها ملكاً للبائع أو لغيره ، فما أفاده من توقف صحة البيع على إجازة المجني عليه ممّا لا وجه له .

الجملة الثانية : ما أفاده من أنه يرجع عليه بتمام الثمن أيضاً فـيما إذا كـان الأرش مستوعباً لقيمته ، ولا يخفى عليك أنّ العبد الجاني إمّا أن يكون مع الجناية الصادرة منه مالاً ويبذل بازائه شيء عند العقلاء ، وإمّا أن تزول مـاليته بجـنايته بحيث لا يسوى في الخارج بشيء . فإن كان مالاً ويبذل بازائه المال فلا يـعقل أن يكون الأرش حينئذ مستوعباً لتمام ثمنه فما معنى أنه يرجع بتمام الثمن أيضاً ، وإن لم تبق له مالية بعد جنايته وسقط عن المالية بها وحينئذ فلا مانع من أن يكون الأرش

مستوعباً لثمنه ويرجع عليه بتمام الثمن فيما إذا كان جاهلاً بالحال ، إلّا أنه لا يمكن الحكم بصحة المعاملة حينئذ فيما إذا كان عالماً بالحال على مسلك المشهور والعلّامة (قدّس سرّه) لأنه إذا كان عالماً بأنه جاني وأنه ممّا لا قيمة له فكيف يوقع المعاملة عليه مع أنهم يشترطون في صحتها أن يكون المبيع مالاً ، فكون العبد خارجاً عن المالية حينئذ لا يجتمع مع حكمه (قدّس سرّه) بصحة البيع وعدم ثبوت الخيار للمشتري فيما إذا كان عالماً بالحال ، لأنهم يعتبرون المالية في صحة المعاملة ، هذا .

على أنّ هذا الترديد تشقيق محض لا حقيقة له ، أعني قولنا إمّا أن يكون مالاً أو لا يكون ، لأنّ العبد ولو بلغت جنايته إلى ما بلغ مال فعلي غاية الأمر أنه في معرض التلف فيما إذا أراد المجني عليه الاقتصاص ، إلّا أنّ احتمال رضاه بالدية أو إرضائه بها كافٍ في بذل العقلاء في مقابله المال ، غاية ما هناك أنه لا يسوى بما يسوى به العبد غير الجاني لا أنه لا يقابل بشيء ، فالأرش المستوعب لتمام الثمن غير متصوّر في العيوب الاعتبارية ولا في العيوب الخارجية ، هذا كلّه في مفهوم الأرش .

الكلام في معرفة الأرش

البائع والمشتري ربما يعلمان بقيمة المبيع على تقدير الصحة والعيب ، وحينئذ يأخذ المشتري من البائع بنسبة ذلك التفاوت من الثمن وهذا ظاهر .

وأمّا إذا جهلا بقيمة الصحيح والمعيب فلابدّ من الرجوع إلى المقوّم العارف بقيمة المال ، والرجوع إلى إخبار العارف بقيمة المال يتصوّر على ثلاثة أقسام كما قسّمه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1].

الأول : أن يكون المبيع موجوداً في الأسواق وله قيمة معيّنة عند أهل السوق

(١) المكاسب ٥ : ٤٠٣ .

ويعلمها جميعهم لأنه أمر محسوس بحيث لا يحتاج إلى إعمال نظر ودقّة ، وهذا نظير الفرش والكتاب ونحوهما ممّا يوجد في الأسواق بكثرة ، وإخبار العارف حينئذ يدخل في باب الشهادة لأنه راجع إلى الاخبار عن أمر محسوس خارجي .

الثاني : أن لا يكون المبيع موجوداً في السوق ولا له قيمة معيّنة عند أهلها وقد ظهر معيباً ، وهذا نظير كتاب التذكرة مثلاً إذا كان مخطوطاً بخط نفس العلّامة إلّا أنه كان معيباً لأنه أكلته الأرضة فرضاً ، وحينئذ لابدّ من المراجعة في استعلام قيمته إلى أهل الخبرة والاطلاع ، ويكون إخباره بقيمته إخباراً عن نظره وحدسه من جهة كثرة ممارسته بأشباهه ونظائره ، لا إخباراً عن أمر محسوس يعرفه جميع أهل السوق .

الثالث : أن يكون كل من المتعاملين عالماً بالقيمة إلّا أنّهما يجهلان الانطباق كما إذا علما بأنّ الثوب من صوف قيمته كذا مقداراً والثوب المخلوط منه ومن القطن يسوى بنصفه إلّا أنّهما لا يدريان أنّ المبيع صوف أو مخلوط ، أو إذا علما بأنّ قيمة الذهب الخالص كذا ولم يدريا أنّ المبيع خالص أو مشوب ، وحينئذ لابدّ من المراجعة إلى أهل الخبرة في تشخيص الخالص عن المخلوط ، وهو إنما يخبر عن خلوصه وعدمه لا عن قيمته لعلمهما بها فهذه أقسام ثلاثة .

أمّا القسم الأول : فقد عرفت أنه من قبيل الشهادة ، لأنّ المخبر به أمر محسوس معلوم في الخارج بلا حاجة إلى إعمال دقّة ونظر ، فيعتبر فيه التعدّد لما ثبت من أنّ الشهادة تقوم باثنين فلا يكفي فيها الواحد .

وأمّا القسم الثاني والثالث فهما خارجان عن باب الشهادة ، لأنّ المخبر به ليس أمراً محسوساً غير محتاج إلى نظر ودقّة بل هو يحتاج إلى إعمال الدقّة والمهارة فهما من باب الرجوع إلى أهل الخبرة والإطّلاع ، فهل يعتبر فيهما التعدّد أيضاً أو لا ؟ الظاهر عدمه ، والوجه في ذلك أحد أمرين على سبيل منع الخلو .

أحدهما : أنّهما خارجان عن الشهادة المعتبر فيها التعدّد وداخلان في الرجوع إلى أهل الخبرة والإطّلاع الذي ثبت اعتبار قوله بالسيرة العقلائية ولم يردع عنها الشارع كما هو واضح ، فلا يعتبر فيهما التعدّد .

وثانيهما : أنّ الأصل في الخبر الواحد أن يكون حجّة في الموضوعات والأحكام كما بنينا عليه في محلّه من جهة الآيات والأخبار والسيرة العقلائية المتحقّقة التي بها بنينا على حجّية فتوى المفتي مع قطع النظر عمّا دلّ عليه من الروايات ، ويحتاج إثبات عدم حجّيته إلى دليل مخرج ، وهو إنّما دلّ على عدم حجّيته بانفراده في باب المرافعات والمحاكمات دون غيرها ، فلا محالة يكون نظره في المقام وإخباره معتبراً ، هذا .

ثم إنه إذا لم يوجد في الخارج مقوّم وأهل اطّلاع أو وجد ولم يدر قيمته فهل يجب على البائع ردّ الأكثر إلى المشتري أو له أن يقتصر بالأقل ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنه يحتمل ضعيفاً وجوب دفع الأكثر ، ووجهه أنّ ذمّة البائع قد اشتغلت بمطالبة المشتري بالغرامة قطعاً ويشك في أنّ ذمّته هل تفرغ بدفع الأقل أو لا ، فمقتضى قاعدة الاشتغال واستصحابه وجوب ردّ الأكثر حتى يقطع بفراغ ذمّته ، هذا .

ولكنّك خبير بتكرّر هذا الجواب والسؤال في تضاعيف الكتاب ، وأنّ المورد من قبيل الشك في اشتغال الذمّة بالأكثر وعدمه لا الشك في الفراغ والمورد مجرى البراءة ، ولا يجب على البائع إلّا دفع الأقل ، هذا تمام الكلام في الرجوع إلى المقوّم ويبقى الكلام في اختلاف المقوّمين .

---

(١) المكاسب ٥ : ٤٠٤ .

الكلام في تعارض المقوّمين

الاختلاف في مقدار الأرش بين المتبائعين تارةً بحيث يكون أحدهما مدّعياً والآخر منكراً كما إذا ادّعى المشتري أنّ الأرش بالنصف ونفاه البائع وقال إنّ الأرش بالخمس مثلاً، فإنهما في المقدار الزائد عن الخمس مدّع ومنكر، ولا يجري في هذه الصورة شيء ممّا ذكروه في تعارض المقوّمين والاختلاف في مقدار الأرش كما سيأتي، بل المقام حينئذ من موارد الدعوى والانكار فيشمله حكمه، ويحكم بتقديم قول البائع لأنه منكر للزيادة وعلى المدّعي إثباتها، فإذا أقام بيّنة على مدّعاه فيقدّم قوله على قول المنكر لا محالة، كما تقدّم بيّنته أي المدّعي على بيّنة المنكر إذا أقامها على إنكاره بناءً على عدم الاعتبار ببيّنة المنكر، لأنّ البيّنة للمدّعي.

وأمّا إذا قلنا باعتبار كل واحدة من البيّنتين كما التزم به بعضهم وحمل قوله (صلّى الله عليه وآله) «إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»(١) وقوله (عليه السلام) «البيّنة على المدّعي»(٢) على الغالب، وأقام كل منهما على مرامه بيّنة، فيدخل المقام حينئذ في مسألة أنّ بيّنة الداخل مقدّمة أو بيّنة الخارج (وهو المنكر) وكيف كان فلا مزية للمقام حينئذ على سائر موارد الدعوى والانكار.

والظاهر ـ وإن لم أرَ من تعرّض له فيما أعلم ـ أنّ كلماتهم في المقام أعني تعارض المقوّمين غير شامل لهذه الصورة أي صورة كون أحدهما مدّعياً والآخر منكراً، وإنّما كلامهم فيما إذا لم يكن هناك دعوى من أحدهما على الآخر كما إذا كانا جاهلين بالقيمة وأرجعاها إلى المقوّمين من دون أن يدّعي أحدهما شيئاً على الآخر، أو أرجعاها إلى البيّنة واختلفت البيّنات أو المقوّمون، فهل تقدّم بيّنة الأقل

---

(١) الوسائل ٢٧ : ٢٣٢ / أبواب كيفية الحكم ب ٢ ح ١.

(٢) الوسائل ٢٧ : ٢٣٣ / أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٢.

حينئذ لاعتضادها بالأصل لأنه يقتضي عدم اشتغال ذمّة البائع بأكثر من الأقل ، أو تقدّم بيّنة الأكثر لأنها تدّعي العلم بثبوت الزيادة والأقل لا ينفيه بل يدّعي جهله بها (بمعنى أنّها ساكتة بخلاف الأكثر) أو يرجع إلى القرعة لأنها لكل أمر مشتبه ، أو يرجع إلى الصلح ، أو يتخيّر الحاكم بينهما ، أو لابدّ من الجمع بينهما بالعمل بكل منهما في النصف إذا كان اثنان أو في الثلث إذا كانوا ثلاثة وهكذا ، لأنّ الجمع مهما أمكن أولى من الطرح ؟ وجوه .

المشهور بينهم هو الوجه الأخير وهو الذي اختاره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] والكلام في مدرك ذلك وأنّ الجمع بينهما بالعمل بكل منهما في النصف لماذا يكون أولى وأنّ الوجه فيه ماذا .

فإن كان مدرك ذلك ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] عن الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)[٣] على ما هو ببالي في بحث التعادل والترجيح من أنّ الجمع مهما أمكن أولى من الطرح ، كما هو ظاهر صدر كلامه حيث قال من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان ، ففيه أنّ ذلك إنما هو فيما إذا كان بين الدليلين جمع عرفي بأن يكون أحدهما عند العرف قرينة على الآخر وهو إنما يتحقّق في الكلامين الصادرين من متكلّم واحد أو من هو بمنزلة الواحد كالأئمّة (عليهم السلام) ومن هنا ورد في بعض الأخبار[٤] صحة إسناد ما يسمع من أحدهم (عليهم السلام) إلى الآخر بأن يقول قال أمير المؤمنين (عليه السلام) مع أنه سمعه من الصادق (عليه السلام) وهذا غير ثابت في

---

(١) المكاسب ٥ : ٤٠٥ .

(٢) فرائد الأُصول ٢ : ٧٥٣ .

(٣) الظاهر أنّ المنسوب إليه هو الشيخ أبي جمهور الأحسائي فراجع .

(٤) الوسائل ٢٧ : ١٠٤ / أبواب صفات القاضي ب٨ ح ٨٥ ، ٨٦ وغيرهما .

المقام ، لأنهما صادران من شخصين ولا يكون أحدهما قرينة على الآخر ، كيف لا وأحدهما يكذّب الآخر فيما يدّعيه ، فالجمع أولى من الطرح في موارد الجمع العرفي والأولوية حينئذ أولوية تعينية كما في آية أُولوا الأرحام[1] دون غير تلك الموارد فإنه لا أولوية للجمع على الطرح ، فإنّ في الجمع أيضاً طرحاً لكل واحد منهما في النصف ، لأنهما متعارضان في النصف أيضاً فمن يقول إنه يسوى بعشرة فيدّعي أنّ نصفه يسوى بخمسة ، وفي الجمع يطرح قول كل منهما في النصف ، فلا أولوية له بوجه كما ذكرناه في بحث التعادل والترجيح[2].

وإن كان مدرك ذلك أولوية الجمع في خصوص المقام أعني الماليات كما هو المستفاد من آخر كلامه ، لقوله لأنّ فيه جمعاً بين الحقّين ، لا مطلق المتعارضين بدعوى استفادة ذلك من سيرة العقلاء الجارية على الجمع بين الدليلين في الماليات ولم يرد عنها منع من الشارع كما هو ليس ببعيد وهو الذي يعبّر عنه بقاعدة العدل والإنصاف ، فإذا كان هناك مال مردّد بين شخصين فيعطي كل واحد منهما نصفه من باب المقدّمة العلمية حتى نعلم بوصول المال إلى مالكه ولو في النصف ، فكما ربما يكون صرف مقدار من المال مقدّمة وجودية لوصوله إلى مالكه كما إذا توقف وصوله إليه إلى صرف مقدار منه في البريد أو في إجارة الحمولة ونحوها ، كذلك ربما يكون صرف مقدار منه مقدمة علمية لوصول المال إلى مالكه ، فإنّ إعطاء النصف في المقام إلى كل منهما وإن لم يكن مقدّمة وجودية لوصول المال إلى مالكه لعدم توقفه عليه إلّا أنه مقدّمة علمية وموجب لحصول العلم بوصوله إلى مالكه ، وهذا ممّا

---

(١) الأنفال ٨ : ٧٥.

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٨٣.

أُشير إليه في بعض الأخبار أيضاً كما ورد(١) في التنصيف في الدرهم الموضوع عند الودعي مع العلم بأنّ التالف إمّا هو درهم زيد وإمّا هو درهم عمرو والموجود أيضاً إمّا درهم زيد وإمّا درهم عمرو، إلّا أنّ الإمام (عليه السلام) حكم بتنصيف الدرهم بينهما من جهة قاعدة العدل والإنصاف، فهذه القاعدة لو سلّمناها كما هو ليس ببعيد فإنما تختص بما إذا كان هناك مال مردّد بين شخصين كما إذا أقرّ شخص عند موته بأنّ داري ملك زيد وأنها كانت عارية عندي وتردّد زيد بين شخصين مسمّيين بـزيد فدار أمر الدار بينهما من دون أن يكون دعوى من أحدهما على الآخر في البين، فإنّ مقتضى القاعدة المذكورة أن ينصف الدار بينهما من باب المقدّمة العلمية كما مرّ، ولا تجري في المقام إذ ليس في المقام مال مردّد بين شخصين وإنما تشتغل ذمّـة البـائع بالأرش عند مطالبة المشتري به ولا ندري أنّ ذمّته عند مطالبة المشتري اشتغلت بالأقل أو بالأكثر، والأقل معلوم ونشك في أصل الاشتغال بالأكثر، فالمقام ليس من موارد قاعدة العدل والإنصاف، ومن هنا يظهر أنّ الرواية الواردة في الودعي ممّا لا يمكن إجراؤها في المقام، إذ لا مال مشترك بين شخصين.

كما أنه لا شهادة في بعض الأخبار الواردة في موارد التداعي للمقام حـيث ورد أنّ المال إذا كان بيد شخصين وادّعى كل منهما أنه ملكه وأقام على مدّعاه بيّنة ينصف المال بينهما، والوجه في عدم صحة الاستشهاد به في المقام هو أنّ حكمه (عليه السلام) بالتنصيف ليس من جهة الجمع بين البيّنتين بالعمل بكل منهما في النصف، بل من جهة أنّ مفروض الرواية أنّ المال بيد الشخصين وإذا تعارضت البيّنتان وحكمنا بسقوطهما تبقى اليد بحالها، ومقتضى اليد الاشتراكية هو الملكية الاشتراكية، كما أنّ مقتضى اليد الاختصاصية هو الملكية الاختصاصية، فالتنصيف من جهة مـقتضى

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤٥٢ / كتاب الصلح ب ١٢ ح ١، إلّا أنّ فيه بدل الدرهم «الدينار».

اليد .

ويمكن أن يقال : إنّ الوجه في حكمه (عليه السلام) بالتنصيف هو أنّ كلاً من المدّعيين مدّع في نصف المال ومنكر في النصف الآخر ، وحينئذ فيؤخذ بكل من البيّنتين في مورد الادّعاء وهو النصف ويطرحان في مورد الانكار ، والنتيجة أنّ المال بينهما بالسوية .

والمتحصّل : أنّ هذه الرواية ممّا لا شهادة له للمقام لأنّ مورد الرواية هو اليد فيقتصر على موردها ، وعليه فلا وجه للجمع بين القيمتين أو البيّنتين بالعمل بكل منهما في النصف ، بل يمكن دعوى القطع ببطلان ذلك بملاحظة أشباه المسألة ونظائرها ، فإذا اختلفا أي المقوّمين أو البيّنتين في أصل ثبوت الأرش فأثبتته إحداهما ونفته الأُخرى ، بأن قالت إحداهما إنّ معيب المال وصحيحه بحسب القيمة سواء ، وقالت الأُخرى بل صحيحه كذا ومعيبه كذا ، أو اخبرت إحدى البيّنتين عن عدم العيب في المبيع وأخبرت الأُخرى بوجوده فيه فهل يحتمل في مثله أن يقال بوجوب الجمع بينهما والعمل بكل واحد منهما في النصف ، أو يقال إنّهما متعارضتان فتسقطان ، وبهذا وأمثاله يمكننا دعوى القطع بعدم صحة الجمع بين البيّنتين أو القيمتين والعمل بكل منهما في النصف

وبالجملة : فلم نعرف الوجه في ذلك وإن ذهب إليه معظم الأصحاب لما عرفت من أنّ البيّنة كما هي معارضة في تمام القيمة كذلك هي معارضة في نصف القيمة ، لأنّ من أخبر بأنّ قيمة المال عشرة فقد أخبر بأنّ كل نصف منه بخمسة ومع المعارضة بينهما كيف نأخذ بكل واحد منهما في النصف ، فهذا الوجه ساقط .

وأمّا القرعة فالعمل عليها يحتاج إلى عدم قيام شيء من الأمارات والأُصول في موردها وإلّا فهي مقدّمة على القرعة ، إذ لو كان مورد القرعة هو مطلق الشك والتحيّر في الحكم الواقعي فلا يبقى لشيء من الأمارات والأُصول مورد ، لأنّ

موردها هو الشك والجهل فلا محيص من تقييد موردها أي القرعة بعدم تعيين الحكم الواقعي وعدم ثبوت وظيفة ظاهرية وهو المعبّر عنه بالمشكل أعني ما لم يتّضح حكمه بحسب الواقع ولا بحسب الظاهر ، وعليه فلا تجري القرعة في المقام (لجريان الأصل فيه كما سيأتي) ولم يقم عليها دليل بالخصوص .

وأمّا الروايات[١] الواردة في الارجاع إلى القرعة في موارد التداعي مع إيجاب الحلف على من يخرج القرعة باسمه كما ورد في عدّة روايات ، فهي وإن تكفي في جواز العمل على القرعة إلّا أنها تختص بموردها ، وموردها هو صورة التداعي ويستفاد هذا من إيجابه الحلف على من لم يخرج القرعة باسمه فراجع ونلتزم فيها بوجوب القرعة .

وأمّا في غير مورد التداعي كموارد الدعوى والانكار أو كموردنا الذي ليس فيه دعوى أصلاً ، لأنّ المفروض أنّ كلا المتبائعين يدّعيان الجهل بالقيمة ولا يدّعيان شيئاً من القيمة ويرجعانها إلى المقوّمين ، فلا تجري القرعة لعدم دلالة الدليل على جريانها فيها ، فاحتمال القرعة أيضاً ساقط .

وأمّا دعوى تخيّر الحاكم بين البيّنتين فهي أيضاً كسابقيها غير ثابتة ، لما ذكرناه في بحث التعادل والترجيح[٢] من أنه لا دليل على التخيّر بين المتعارضين إلّا في خصوص تعارض الروايتين ، وأمّا في غيرها من تعارض الأُصول أو البيّنة أو اليد أو غيرها من الأدلّة فلا دليل فيه على التخيّر بوجه وإنما حكمها السقوط .

وأمّا الرجوع إلى الصلح فهو أيضاً لا دليل عليه بحيث يجبران على المصالحة إذ لا يدّعي كل منهما إلّا ما يستحقّه بحسب الحكم الشرعي ، ولم يقم دليل فيه على

---

(١) الوسائل ٢٧ : ٢٥١ / أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٥ وغيره .

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ٤٤٠ ـ ٤٤٢ .

إلزامها بالصلح ، نعم لو تصالحا باختيارهما فلا محالة يقع صحيحاً ، وأمّا الالزام عليه فلا وهذا ظاهر .

وأمّا ترجيح بيّنة الأكثر بدعوى أنّها مثبتة للزيادة ولا معارض لها ، لأنّ بيّنة الأقل لا تنفي الزيادة وإنّما يدّعي عدم علمها بالأكثر فهو صحيح فيما إذا كان الأمر كما ذكر بأن تكون الأكثر مثبتة والأقل ساكتة وغير نافية لما يثبته الأكثر ، ولكن المقام ليس كذلك لأنّ الكلام فيما إذا كان كل من البيّنتين أو المقوّمين مدّعياً للعلم بالقيمة وأنّ الأقل يدّعي علمه بأنّ قيمة المال هو الأقل والأكثر يدّعي علمه بأنّ قيمته هو الأزيد لا أنّ الأقل ساكت ، وعليه فهما متعارضان ومع التعارض لا وجه لأخذ أحدهما .

وأمّا ترجيح بيّنة الأقل من جهة اعتضادها بالأصل ، فيدفعه ما ذكرناه(١) وذكره شيخنا الأنصاري(٢) في بحث التعارض من أنّ الأُصول العملية لا تكون مرجّحة لأحد المتعارضين ، لأنّ مرتبتها متأخّرة عن مرتبة الأدلّة والأمارات وهي صورة الشك في الحكم الواقعي ، ومع وجود الدليل والبيّنة لا يبقى مورد للأُصول حتى تجري وتوجب الترجيح ، فجميع الاحتمالات والوجوه ساقطة .

والصحيح أن يقال : إنّ المورد داخل تحت كبرى تعارض الأدلة والأمارات وحكمها هو السقوط ، لأنّ أدلة الاعتبار لا يمكن أن تشمل المتعارضين معاً لاستلزامه الجمع بين الضدّين ، وشمولها لأحدهما المعيّن ترجيح بلا مرجّح ، وشمول الأدلة لأحدهما على البدل مندفع بأنّ الواحد على البدل ليس فرداً مستقلاً فلابدّ من الرجوع إلى الأصل الموجود فيه والأصل في المقام براءة ذمّة البائع عن الزائد فلا

---

(١) [لم نعثر عليه في مظانه] .

(٢) فرائد الأُصول ٢ : ٨٢٠ ـ ٨٢١ .

يجب عليه إلّا دفع الأقل .

ثم إنه بناءً على ما ذهب إليه المشهور من الجمع بين البيّنتين والعمل بكل واحد منهما في النصف لابدّ من التكلّم في كيفية الجمع بينهما وبيان طريقته فنقول : قد نسب إلى المشهور في كيفية الأخذ بنصف ما يثبته البيّنتان والجمع بينهما ما حاصله : أنّ القيم الصحيحة تجمع على حدة وكذا تجمع القيم المعيبة باستقلالها ثم ينصّف كل من الحاصلين ويستخرج التفاوت بينهما وتلاحظ النسبة بينه وبين نصف القيم الصحيحة ، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، أو يلاحظ نفس الحاصلين أي الحاصلين من الجمعين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، إذ لا فرق في النسبة بين ملاحظة تمام الحاصلين وبين ملاحظة نصفيهما ، مثلاً إذا قوّم أحد المقوّمين صحيح المال باثني عشر درهماً ومعيبه بأربعة ، وقوّم الآخر صحيحه بستة دراهم ومعيبه باثنين فيجمع القيمتان الصحيحتان وهما اثنا عشر وستة وحاصله ثمانية عشر ويجمع القيمتان المعيبتان أيضاً وهما الأربعة والاثنان وحاصله ستة ، ثم ينصّف الحاصلان ونصف الأول تسعة ونصف الثاني ثلاثة والتفاوت ستة وهي ثلثا التسعة ، فيرجع على البائع ويؤخذ من الثمن بثلثيه ، أو تلاحظ ثمانية عشر وستة والتفاوت اثنا عشر وهو أيضاً ثلثا الثمانية عشر فيرجع من الثمن بتلك النسبة ، هذا ما نسب إلى المشهور .

ثم إنّ لشيخنا الشهيد (قدّس سرّه)(١) كلاماً في المقام وحاصله : أنه لا اعتبار بالقيمتين الانتزاعيتين الحاصلتين من الجمع بين القيم الصحيحة والقيم المعيبة ، ولا دليل على ملاحظتها ولا موجب له ، وإنما اللازم والصحيح هو ملاحظة نفس النسبتين بين الصحيح والمعيب اللتين أخبر بهما المقوّمان بلا ملاحظة نفس القيم ، ثم يؤخذ من الثمن بنصف النسبتين ، مثلاً إذا أخبر أحدهما بأنّ النسبة بين صحيح هذا

---

(١) الدروس ٣ : ٢٨٧ ، الروضة البهية ٣ : ٤٧٨ .

المال ومعيبه بالربع وأخبر الآخر بأنّ النسبة بينهما بالنصف فيؤخذ من كل منهما نصفه فينصّف الربع والنصف ونصفهما هو الثمن والربع فيؤخذ من الثمن ربعه وثمنه بلا ملاحظة قيم الصحيح والمعيب .

وهذا الطريق قد يطابق طريقة المشهور بلا تفاوت بينهما ويكون هذا مجرد مطلب علمي ، وأُخرى يغايره ويحصل بينهما التفاوت .

أمّا صورة تطابقهما فمثالها ما ذكرناه أوّلاً وهو ما إذا قوّم أحدهما صحيح المال باثني عشر درهماً ومعيبه بأربعة ، وقوّم الآخر صحيحة بستة ومعيبه بدرهمين وفرضنا أنّ الثمن أيضاً هو اثني عشر درهماً وفي هذه الصورة لا يحصل التفاوت بين الطريقين ، لأنّ الأرش على طريقة المشهور هو الثلثان وهو من اثني عشر ثمانية لأنّ نسبة التفاوت بين مجموع قيمتي الصحيح وهو ثمانية عشر وبين مجموع قيمتي المعيب وهو ستة إلى مجموع قيمتي الصحيح أو نسبة نصفه إلى نصف الثاني هو الثلثان وهذا ظاهر ، وأمّا على طريقة الشهيد فلأنّ النسبتين متساويتان ، إذ المفروض أنّ المقوّم الأول جعل التفاوت بين صحيحه ومعيبه بالثلثين ، إذ نسبة ثمانية التفاوت إلى اثني عشر الثلثان ، وكذا المقوّم الثاني أخبر أنّ التفاوت بين صحيحه ومعيبه بالثلثين لأنّ نسبة أربعة التفاوت إلى الستّة الثلثان وفي الاخبار بالنسبة لا اختلاف بين المقوّمين ، لأنّ النسبة على نظر كل منهما بثلثين ، فيؤخذ من الثمن بثلثيه وهو ثمانية بلا فرق في ذلك بين طريقي المعروف والشهيد .

وأمّا صورة تخالف الطريقين فهي تارةً بزيادة طريقة الشهيد على طريقة المشهور وأُخرى بنقصانها عنها ، وقد مثّل لهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] بمثالين .

---

(١) المكاسب ٥ : ٤٠٩ .

أمّا صورة الزيادة فهي كما إذا قوّم أحدهما صحيح المال باثني عشر درهماً ومعيبه عشرة ، وقوّم الآخر صحيحه بثمانية ومعيبه بخمسة وفرضنا أنّ الثمن أيضاً هو اثنا عشر ، فعلى طريق المشهور يجمع بين القيمتين الصحيحتين وحاصله عشرون ، وأيضاً يجمع بين المعيبتين وحاصله خمسة عشر ونسبة التفاوت بالربع ، أو ينصّف كل من مجموع الصحيحتين ومجموع المعيبين ونصف الأول عشرة ونصف الثاني سبعة ونصف ، ويلاحظ النسبة بين التفاوت وهو اثنان ونصف بين نصف مجموع الصحيحتين وهو عشرة وهي الربع ، فيؤخذ من الثمن ربعه وربع اثنى عشر هو الثلاثة ، هذا على طريق المشهور .

وأمّا على طريقة الشهيد (قدّس سرّه) فلابدّ من ملاحظة النسبتين ، وأحد المقوّمين قد أخبر بأنّ النسبة بين صحيحه ومعيبه بالسدس ، لأنّ النسبة بين اثنين التفاوت والاثنى عشر السدس ، والمقوّم الثاني أخبر بأنّ النسبة بثلاثة أثمان لأنّها نسبة ثلاثة التفاوت إلى الثمانية ، ويجمع بين النسبتين وحاصله السدس وثلاثة أثمان ، وسدس اثنى عشر اثنان وثلاثة أثمانه أربعة ونصف ، لأنّ ثلاثة أثمان من الثمانية ثلثه ومن الأربعة واحد ونصف ويضاف إليه اثنان ويكون المجموع ستة ونصف وينصّف هذا المجموع ويكون ثلاث وربع ، وقد عرفت أنّ المأخوذ بناءً على طريقة المشهور هو ثلثه وطريقة الشهيد (قدّس سرّه) زادت عليها بالربع .

وأمّا صورة النقصان فهي كما إذا اتّفقا على أنّ معيب المال ستة واختلفا في صحيحة فقال أحدهما إنه عشرة وقال الآخر إنه ثمانية والمفروض أنّ الثمن اثنى عشر ، فعلى طريق المشهور نجمع بين الصحيحتين وهما عشرة وثمانية وحاصله ثمانية عشر ونجمع بين المعيبتين وحاصله اثنى عشر ونسبة أحدهما إلى الآخر بالثلث ، أو يُنصّف القيمتين ونصف الصحيحتين تسعة ونصف المعيبتين ستة ، ونسبة أحدهما إلى الآخر بالثلث ، فيؤخذ من اثنى عشر ثلثه وهو أربعة دراهم ، وأمّا على طريقة

الشهيد فلابدّ من ملاحظة النسبتين وقد أخبر أحدهما بأنّ نسبة صحيحه إلى معيبه خُمسين ، لأنّ التفاوت بين العشرة والستة أربعة وهي خمسا العشرة وأخبر الآخر بأنّ نسبتها بالربع ، إذ الفرق بين الثمانية والستة باثنين وهو ربع الثمانية فيجمع بينهما ، وحاصله خمسان وربع ، ويؤخذ نصفهما أعني الثمن والخمس ، وثمن اثنى عشر واحد ونصف وخمسه اثنان وخمسان والمجموع ثلاثة وأربعة أخماس ونصف خمس ، لأنّ كل عدد خمسة أخماس ونصفه خمسان ونصف فالنصف في واحد ونصف خمسان ونصف خمس ، فإذا أُضيف إليه أي إلى الواحد وخمسان ونصف خمس خمسان يصير أربعة أخماس ونصف خمس بحيث لو أُضيف إليه نصف خمس يصير عدداً كاملاً (وهو الواحد) وثلاثة وأربعة أخماس ونصف خمس ينقص عن الأربعة بنصف بخمس .

والمتحصّل : أنّ المأخوذ على طريقه المعروف أربعة من اثنى عشر وأمّا على طريقة الشهيد فهو الثلاثة وأربعة أخماس ونصف خمس وهو ينقص عن الأربعة بنصف خمس ، فإذا بنينا على المعروف من الجمع بين البيّنات المتعارضات أعني العمل بكل واحد منهما في النصف فالصحيح هو ما ذهب إليه الشهيد (قدّس سرّه) .

وذلك لأنّ المستند في الجمع المذكور إن كان هو الجمع بين الأمارتين وعدم طرحهما فلابدّ من العمل بقول كل واحد منهما في نصف مدلوله وهو ينطبق على طريقة الشهيد ، وأمّا انتزاع قيمة ليست مدلولة لشيء من البيّنتين فلا مقتضي له وإن كان المستند هو الجمع بين الحقّين فيتعيّن طريقة الشهيد (قدّس سرّه) أيضاً لأنّ حقّ المشتري هو النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب لا نفس القيمتين ، فلابدّ من أخذ نصف النسبتين .

والمتحصّل : إنه لا وجه لما ذهب إليه المعروف في طريقة الجمع ولعلّ غرض المشهور أيضاً هو ما ذهب إليه الشهيد وإن عبّروا عنه بما لا يؤدّي إليه في بعض

الموارد نظير ما وقع من بعضهم في كتاب الزكاة حيث إنّ زكاة أرض تسق بالمطر ونحوه من عشرة وزكاة الأرض التي تسق بالدلاء ونحـوه مـن عـشرين ، وأمّـا الأرض التي تسق بالدلاء والمطر من دون أن يغلب أحدهما على الآخر فقالوا إنّ زكاتها في نصفها من عشرين وفي نصفها الآخر من عشرة ، وعبّر عن هذا بعضهم بأنّ زكاة الأرض المذكورة من خمسة عشر بتخيّل إنّ حكمها أن يؤخذ في نصفها من عشرين وفي نصفها الآخر من عشرة فكأنّ زكاتها من نصف عشرين وعشرة وهما يبلغان ثلاثين ونصفه خمسة عشر ، مع أنّ الأخذ من خمسة عشر لا يطابق لأخذها في نصف الأرض من عشرين وفي نصفها الآخر من عشرة فراجع ، مع أنّ غرضه معلوم ، ولعلّ المقام من هذا القبيل .

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الخيارات ـ ٢

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث
لأستاذ الأعظم سماحة آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره
«١٣١٧ - ١٤١٣ هـ»

العدد ٤٠

الفقه المعاملات

الخيارات

تأليف آية الله
الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي

مؤسسة الخوئي الإسلامية

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

من الآن إلى قيام يوم الدين

التنقيح في شرح المكاسب

التنقيح في شرح المكاسب

تقرير الأبحاث

لأستاذ الأعاظم سماحة آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

« ١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ »

الخيارات

تأليف آية الله

الشهيد الشيخ ميرزا علي الغروي قدس سره

طبعة منقحة

مؤسسة الخوئي الإسلامية

القول في الشروط

والكلام فيها يقع في جهات :

الجهة الأُولى : في بيان معنى الشرط . ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ للشرط معنيين عرفيين ومعنيين اصطلاحيين .

أمّا المعنيان العرفيان : **فأحدهما** الإلزام والالتزام بشيء ، وهما بمعنى واحد يختلفان بالاضافة إلى الشارط والمشروط عليه فبالإضافة إلى الأول إلزام وإلى الثاني التزام .

وإن شئت قلت : إنّهما يختلفان بالنسبة الصدورية والوقوعية ففي الأُولى إلزام كما أنّ في الثانية التزام ، وبهذا المعنى يصحّ منه الاشتقاق فيقال شارط ومشروط وشرط ونحوها .

وربما يراد منه أي من الشرط المشروط أعني المصدر بمعنى المفعول نظير الخلق بمعنى المخلوق .

والشرط بهذا المعنى لا يختص بالالتزام في ضمن العقد بل يعمّه والالتزام الابتدائي بصحّة استعماله فيه كما استعمل بهذا المعنى في موارد كثيرة كقوله (عليه

---

(١) المكاسب ٦ : ١١ فما بعدها .

السلام) في قضية بريرة « إنّ قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق »[١] فاستعمل الشرط في الحكم الشرعي بمعنى أنّ حكم الله أوثق حيث منع من جعل الولاء في المرتبة الاُولى لغير المعتق . وقول أمير المؤمنين (عليه السلام) : « شرط الله قبل شرطكم »[٢] في قضية اشتراط عدم اتيان الزوج على زوجته سرية أي أمة وهذا أيضاً بمعنى الحكم ، لأنّ الله تعالى رخّص في إتيانه عليها سرية ، وقوله (عليه السلام) : « ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيّام للمشتري »[٣] فإنه بمعنى الخيار وغيرها من الموارد التي استعمل فيها الشرط في الالتزام الابتدائي .

نعم ظاهر تعريف القاموس[٤] اختصاص الشرط بالالتزام في ضمن العقد لأنه فسّره بالزام الشيء والتزامه في البيع وغيره ، وهو يعطي عدم جواز استعماله في الالتزام الابتدائي حتّى مجازاً ، إذ لو صحّ استعماله فيه عنده لأشار إلى أنه من استعمال اللفظ في معناه الحقيقي أو المجازي مع أنه ساكت عن استعماله فيه كما عرفت وهذا ناشٍ من عدم التفاته إلى موارد الاستعمالات المتقدّمة .

وثانيهما : ما يتوقّف على وجوده وجود شيء آخر الذي لازمه عدم الشيء الثاني عند عدمه ، من دون اعتبار وجوده أي الشيء الثاني عند وجوده ، وهو بهذا المعنى جامع بين الشرط والسبب في الاصطلاح ، لأنّ المشروط عدم عند عدم شرطه في كليهما ، ويختلفان في أنّ السبب ما يلزم من وجوده وجود الشيء الثاني

---

(١) كنز العمال ١٠ : ٣٢٢ / ٢٩٦١٥ ، وأورد بعضه في الوسائل ٢٣ : ٦٤ / كتاب العتق ب ٣٧ ح ١ ، ٢ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٧ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٦ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١١ / أبواب الخيار ب ٣ ح ٥ .

(٤) القاموس المحيط ٢ : ٣٦٨ مادّة « شرط » .

أيضاً دون الشرط .

وكيف كان ، فالشرط بهذا المعنى من الجوامد وغير قابل للاشتقاق منه ، ولذا لابدّ من التأويل في مثل الشارط والمشروط ، فالأول بمعنى من يوجد الشرط والثاني بمعنى ما جعل له الشرط فيقال الطهارة شرط للصلاة ، فالشارط هو الله تعالى ، لأنه جعل الشرط وأوجده أي أوجد الملازمة فيهما بحيث تنعدم الصلاة عند عدم الطهارة ، والمشروط ليس هو الطهارة كما يقتضيه الاشتقاق بل هو الصلاة وهذا من جهة عدم صحة الاشتقاق منه بهذا المعنى (وإلّا فالشارط لا يأتي بمعنى موجد الشرط ولا المشروط بمعنى ما جعل له الشرط) وهذا نظير لفظ السبب لعدم الاشتقاق منه فيقال المسبّب بالكسر لمن أوجد السبب والمسبّب بالفتح لما جعل له السبب كالقتل فهو مسبّب ، هذان هما المعنيان العرفيان للشرط .

وأمّا المعنيان الاصطلاحيان ، **فأحدهما** : ما اصطلح عليه النحّاة من إطلاق لفظ الشرط على الجملة الأُولى كما في قولنا : إذا طلعت الشمس فالنهار موجود فيقال للأُولى الشرط وللثانية الجزاء ، وظاهر أنه غير موافق للمعنى اللغوي وإنّما هو اصطلاح للنحّاة ، ولعلّه من جهة اشتمال الجملة الأُولى على الشرط وهو طلوع الشمس .

وثانيهما : ما اصطلح عليه أهل المعقول حيث أطلقوا الشرط على خصوص ما يلزم من عدمه العدم مقيّداً بأن لا يلزم من وجوده الوجود وإلّا فهو سبب وجزء أخير من العلّة التامّة ، وبهذا القيد يفترق عن المعنى العرفي الثاني ، لأنه هناك بمعنى جامع بين السبب والشرط أعني ما يلزم من عدمه العدم بلا تقييده بأن لا يلزم من وجوده الوجود .

ثمّ إنه (قدّس سرّه) استشكل في قوله (عليه السلام) « ما الشرط في الحيوان ؟ قال ثلاثة أيام » والوجه في استشكاله ما تقدّم من أنّ الشرط فيه بمعنى الخيار أعني

تسلّط المشتري على الفسخ وليس الشرط بمعنى ثلاثة أيام كما هو مقتضى حمل ثلاثة أيام عليه ، لأنّ ثلاثة أيّام ظرف الشرط لا أنه هو الشرط ، نعم لا بأس باضافة الشرط إلى ثلاثة أيام وأن يقال شرط ثلاثة أيّام لأنه صحيح كما ورد في بعض الأخبار ، فهو صحيح إلّا أنّ في حملها عليه كما في الرواية الأُولى ما لا يخفى توقّفه على التوجيه بتقدير كلمة ونحوها ، ومن هنا يعلم أنّ قوله (قدّس سرّه) ولا يخفى توقّفه على التوجيه غير راجع إلى الرواية الثانية أعني ما أُضيف فيها الشرط إلى ثلاثة أيام ، لأنه كما عرفته صحيح وإنّما هو راجع إلى الرواية الأُولى أعني ما حمل فيها ثلاثة أيام على الشرط ، إذ قد عرفت أنّ الشرط لا معنى لأن يكون زمان ثلاثة أيام، فلا وجه لما صدر عن بعض المحشّين[1] حيث أرجع قوله « ولا يخفى توقّفه الخ » إلى الرواية الثانية ، هذا ملخّص ما أفاده في المقام .

والذي تحصّل لنا من تتبّع موارد الاستعمالات والمراجعة إلى ما ارتكز في الأذهان من معنى الشرط ـ بعد الاذعان بعدم إمكان تحديد مفاهيم الألفاظ على وجه لا يشذّ عنها مورد ، لأنه غير ممكن في شيء من الألفاظ ، وإنّما الممكن بيان مفاهيمها على ما ارتكز في الأذهان والاشارة إليها على نحو الاجمال وإن لم يكن بحيث لا يشذّ عنها شيء ـ هو أنّ الشرط بمعنى الربط ويقال لارتباط شيء بشيء الشرط ، فهو ليس له معانٍ مختلفة بحسب العرف أو الاصطلاح بل هو بمعنى واحد وهو الربط ، ولعلّ منه الشريط المتعارف وإنّما يطلق عليه ذلك لربط أحد الطرفين بالآخر وهذا هو معناه على نحو الكلّية .

ولكنّه تارةً يكون شرطاً تكوينياً أي ربطاً بين شيئين بالتكوين وهذا كما في قولنا إنّ شرط صدور الفعل الاختياري من زيد إرادته لذلك الفعل ، فإنّ ربط

---

(١) لعلّ المراد به السيد (قدّس سرّه) في حاشيته على المكاسب : ١٠٧ مبحث الشروط .

صدور الفعل الاختياري بالارادة أمر ثبت بالتكوين وهكذا .

وأُخرى يكون تشريعياً كما يقال إنّ شرط صحة الصلاة الطهارة ، وكونها شرطاً إنّما ثبت من قبل الشارع ولو بجعل منشأ انتزاعها أعني الأمر بالصلاة مقيّداً بالطهارة ، وإن كان شرطيتها لها بعد جعل الشارع عقلية أيضاً لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده عقلاً ، ومن هنا أنكرنا انقسام المقدّمة إلى شرعية وعقلية وقلنا إنّها عقلية مطلقاً غاية الأمر أنّ جعل المقدّمة ربما ينسب إلى الشارع ، والشرط في الموردين كما عرفته بمعنى الربط والارتباط أي ربط صحّة الصلاة بالطهارة .

وثالثة يكون أمراً خارجياً ثابتاً بفعل نفس الشخص كما في موارد النذر بل القمار فإنه يلزم على نفسه باعطاء كذا على تقدير فعل كذا أو على تقدير غلبة الآخر فيربط إعطاء الشيء بفعل أو غلبة الآخر ، وبهذا المعنى صحّ استعمال الشرط وإطلاقه على موارد النذر والعهد ونحوهما والوعد كما في بعض أخبار الشرط .

وإذا عرفت ذلك يظهر لك أنّ الشرط بمعنى الربط لا يختصّ بالالتزام في ضمن العقود بل كما يصح إطلاقه عليه يصحّ إطلاقه على الالتزامات الابتدائية كما في الوعد فإنه يربط أمر كذا على نفسه بتقدير كذا ، ولا نضايق من اطلاقه على الابتدائي كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

نعم يمكن المناقشة فيما استدلّ به هو (قدّس سرّه) على عدم الاختصاص من استعماله في الابتدائي في الروايات ، أمّا قوله في قضية بريرة « إنّ شرطه أوثق » فلاحتمال أنه أطلق الشرط على حكم الله من جهة المقابلة ، لأنّ المفروض أنّ الرجل شرط كون ولائها له في ضمن بيعه الأمه وهو شرط في ضمن البيع ، فهو (صلّى الله عليه وآله) أطلق الشرط على حكمه تعالى لكونه في مقابل هذا الاشتراط في ضمن البيع

---

(١) المكاسب ٦ : ١١ .

بمعنى أنّ اشتراطه تعالى عدم كون ولائه للرجل في البيع أوثق كما قد استعمل قوله تعالى ﴿لَا أَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِكَ﴾(١) بهذه المناسبة حيث أضاف إليه تعالى النفس لأجل كونه في مقابل من له النفس .

وهكذا نقول في الرواية الثانية لأنّ الزوجة أو غيرها إنما اشترطت عدم اتيان زوجها عليها سرية في ضمن عقد النكاح وهو شرط بهذا المعنى وقد أطلق (عليه السلام) الشرط على حكم الله تعالى وترخيصه في إتيانه سرية في مقابلة ذلك أي حكمه بجواز إتيانه سرية في عقد النكاح قبل شرطكم .

وأمّا قوله (عليه السلام) « ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام » فهو بمعنى الخيار وإنما استعمل فيه لأنه أمر قد وقع في ضمن عقد البيع أي في بيع الحيوان شرط كون المشتري مرخّصاً في الفسخ ثلاثة أيام .

إلّا أنّك عرفت أنّ الشرط بمعنى الربط وهو كما يتحقّق في الربط الحاصل في ضمن العقد كذلك يتحقّق في الالتزام الابتدائي .

نعم لابدّ من أن ينبّه في المقام على أمرين : أحدهما أنّ الشرط إذا كان بمعنى الربط كما عرفت ، فالاشتراط في ضمن المعاملات كاشتراط خياطة الثوب في معاملة بأيّ معنى من الربط وأنّ أيّ شيء ربط بأيّ شيء حينذاك .

وثانيهما : أنّ الربط كما هو يتحقّق في الشرط في ضمن العقد كذلك يتحقّق في الالتزامات الابتدائية فهل كلا القسمين ممّا يجب العمل على طبقه أو أنّ الابتدائي منه غير واجب العمل .

أمّا الأمر الأول : فقد أسلفنا تحقيقه في بعض المباحث المتقدّمة وملخّصه : أنه إذا باع شيئاً واشترط على المشتري مثلاً أن يخيط له ثوبه فهو يتصوّر على وجهين :

---

(١) المائدة ٥ : ١١٦ .

لأنّ اشتراط الخياطة عليه والمعاملة تارةً لا يكون بينهما ربط إلّا في مجرد اجتماعهما في زمان واحد ، فلا ربط بينهما غير المقارنة الزمانية كما إذا أوقع المعاملة في زمان وعده خياطة ثوبه من دون أن يكون بيعه مربوطاً بالخياطة ومعلّقاً عليها ، وهذا ممّا لا ينبغي الإشكال في عدم وجوب العمل على طبقه ، لأنّ مجرد المقارنة الزمانية مع المعاملة لا توجب العمل على طبقه قطعاً ، نعم هو وعد والوفاء به من الكمالات كما وصف إسماعيل النبي بصدق وعده(١) وأمّا الواجب الشرعي فلا .

وأُخرى يكون أحدهما مربوطاً بالآخر ومعلّقاً عليه فيبيع داره بشرط كذا وهذا الاشتراط تارةً يكون في الأفعال الاختيارية كما في الخياطة ، وأُخرى يكون في الأوصاف كبيع الحنطة بشرط أن تكون من مزرعة كذا أو العبد بشرط أن يكون من طائفة كذا .

فإن كان من قبيل الأفعال فالربط فيها يؤول إلى أمرين :

أحدهما : تعليق أصل بيعه وإقدامه على المعاملة على التزام المشتري فعلاً بخياطة ثوبه بعد البيع بحيث لا يقدم على المعاملة إن لم يلتزم المشتري بالخياطة وهذا وإن كان تعليقاً إلّا أنّ التعليق في العقود على أمر موجود فعلي معلوم ممّا لا يوجب البطلان ، والتزام المشتري حاصل بالفعل وظاهر ، ونتيجة هذا التعليق أنّ البائع يتمكّن من إجبار المشتري بعد ذلك على الخياطة .

وثانيهما : تعليق التزامه بالبيع وإنهاء عقده والقيام على معاملته على نفس الخياطة الخارجية ، لا أنه يعلّق بيعه عليها بل بيعه من جهة وقوع الخياطة وعدمه غير معلّق ، وإنما المعلّق إنهاء بيعه وقيامه على معاملته فإنه معلّق على وقوع الخياطة

---

(١) في سورة مريم ١٩ : ٥٤ ﴿وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولاً نَبِيّاً﴾ .

في الخارج لا على مجرد التزامه ، ونتيجة هذا التعليق الخيار وتمكّن البائع من فسخ المعاملة على تقدير عدم وقوع الخياطة في الخارج ، سواء استند إلى اختياره أم استند إلى غير اختياره .

والمتحصّل أنّ للشرط في الأفعال أثرين : أحدهما تعليق أصل بيعه على التزام المشتري بالخياطة مثلاً وثمرته تمكّن البائع من إلزام المشتري على العمل بالشرط . وثانيهما : تعليق وفائه بالمعاملة على نفس وقوع الخياطة في الخارج وثمرته تمكّن البائع من فسخ المعاملة على تقدير عدم وقوع الخياطة في الخارج ، هذا كلّه في الشرط في الأفعال .

وإن كان من قبيل الأوصاف فمرجع الشرط فيها إلى أمر واحد وهو تعليق وفائه بمعاملته وإنهاء بيعه على وقوع تلك الصفة خارجاً بحيث يتمكّن من فسخ المعاملة على تقدير عدم تحقّق الصفة في الخارج ، وأمّا تعليق بيعه على التزام المشتري بالصفة فهو لا يأتي في الأوصاف ، إذ لا معنى لالتزام المشتري بما هو خارج عن اختياره ، لأنّ كون الحنطة من المزرعة الفلانية أمر خارج عن اختيار المشتري فكيف يلزمه ، فمرجع الشرط في الأوصاف إلى تعليق الالتزام بالمعاملة على وجود الصفة ، هذا كلّه في الشروط المشترطة في المعاملات القابلة للفسخ والامضاء .

وأمّا معنى الشروط في العقود أو المعاملات التي لا تقبل الفسخ كالنكاح إذا تزوّج وشرط في ضمنه كذا ، فهو عبارة عن تعليق أصل إقدامه على المعاملة على التزام الطرف الآخر بالفعل على الشرط ، لا تعليقه على وقوع الشرط خارجاً ولا تعليق وفائه وإنهائه على وقوعه ، ونتيجته كما عرفت تمكّنه من إجبار الطرف على العمل بالشرط من دون أن يتمكّن من فسخه على تقدير عدم وقوعه في الخارج .

والمتلخّص أنّ الشرط تارةً مجمع لكل من الأمرين أعني الخيار وجواز إلزام

الطرف على الوفاء بالشرط كما في اشتراط الأفعال في العقود القابلة للفسخ وأُخرى يفيد الخيار فقط بحيث له أن يفسخ المعاملة على تقدير عدم تحقّق شرطه من دون جواز إلزمه على الوفاء كما في الشرط في الأوصاف ، وثالثة يفيد جواز الالزام على الوفاء بما التزم من دون حقّ في فسخه كما في شرط الفعل في النكاح .

إلى هنا تحصّل أنّ الشرط في ضمن العقود في جميع الموارد بمعنى واحد وهو ربط أحد الأمرين بالآخر وتعليقه به ، غاية الأمر تارةً يكون الشرط بمعنى ربط أصل المعاملة على التزام المشتري بشيء وأُخرى بمعنى ربط الالتزام بالمعاملة وإنهائها على وجود الفعل أو الوصف في الخارج من دون أن يكون أصل المعاملة معلّقة على التزام المشتري بها كما في اشتراط الأوصاف ونحوها ، وثالثة يكون الشرط موجباً لكلا الأمرين أعني تعليق أصل المعاملة بالتزام المشتري وتعليق الالتزام بها على وجود الوصف أو الفعل في الخارج ، ونتيجة الأول جواز إلزام المشتري على إتيان ما التزم به ، ونتيجة الثاني الخيار على تقدير عدم تحقّق الوصف أو الفعل في الخارج .

القول في شروط صحّة الشرط

الجهة الثانية : في شروط صحة الشرط التي منها كونه واقعاً في ضمن عقد وأنّ الشروط الابتدائية ممّا لا يجب الوفاء به على ما سيأتي في كلام الشيخ (قدّس سرّه) إن شاء الله تعالى ، ومنها غير ذلك على ما سيظهر .

الشرط الأوّل

أنّهم ذهبوا إلى اشتراط كون الشرط ممّا يقدر عليه المكلّف ، وأنّ الشرط الخارج عن قدرة المشروط عليه فاسد ، وعليه فيدخل في كبرى مسألة أنّ الشرط

الفاسد مفسد أو لا كما سيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى ، وقد مثّلوا لذلك بالمثال المعروف أعني اشتراط جعل الزرع سنبلاً أو البُسر رطباً أو تمراً لأنّهما أمران خارجان عن قدرة المشروط عليه وهما من أفعال الله تعالى . ومثّلوا أيضاً باشتراط بيع شيء من ثالث لأنّ بيعه منه يحتاج إلى إيجاب وقبول وهو من أفعال ذلك الثالث وليس داخلاً تحت قدرة المشروط عليه . ومثّلوا ثالثاً باشتراط كون امرأة زوجة لأحدهما أو كون الزوجة مطلّقة أو غيرهما من الأُمور التي لها أسباب خاصة ولا تتحقّق بمجرد الاشتراط لأنها كذلك خارجة عن تحت قدرة المشروط عليه .

ثم إنّهم استدلّوا على اشتراط القدرة في الشروط بوجوه :

فأوّلاً : استدلّوا بأنّ اشتراط أمر غير مقدور أمر غرري ، لأنه أمر قد يكون وقد لا يكون والمعاملة المشتملة على الغرر باطلة .

وثانياً : بأنّ الأمر الخارج عن الاختيار ممّا لا يقدر على تسليمه إلى المشروط له والقدرة على تسليم الشرط شرط في صحة العقد .

وثالثاً : بالاجماع وأنّهم اتّفقوا على لزوم كون الشرط أمراً مقدوراً للمشروط عليه وأنّ اشتراط شيء خارج عن قدرته فاسد .

ورابعاً : بأنّ الشرط لابدّ من أن يكون مملوكاً للمشروط عليه كملكه للعوض أو المعوّض ، لأنّ البيع مع الشرط تسليط للطرف على العوض والشرط وتمليك له فكما لا يعقل تمليك أحد العوضين إلّا فيما إذا كان مملوكاً له وتحت سلطانه فكذلك الحال في الشرط ، فما دام لم يكن داخلاً تحت سلطنته وملكه لا يعقل أن يملّكه للغير ويسلّط الغير عليه ، ومن البديهي أنّ الأمر الخارج عن قدرة المشروط عليه ممّا لا يدخل تحت سلطنته وملكه ومعه كيف يمكنه تسليط الغير عليه ، بل هذا ربما ينافي الفلسفة أيضاً لأنّ فاقد الشيء لا يعقل أن يكون معطياً له ، فمع عدم سلطنة المشروط عليه على الشرط كيف يسلّط الغير عليه وهل هذا إلّا من قبيل وهب الأمير ما لا

يملكه ، وهذا هو الذي اعتمد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١).

والذي ينبغي أن يقال(٢) في المقام : هو أنّ الشرط تارةً يكون من قبيل شرط الأفعال التي هي تحت قدرة المكلّف واختياره ، وقد عرفت أنّ معنى الشرط فيها أمران : أحدهما التزام المشروط عليه بالشرط . وثانيهما خيار المشروط له على تقدير عدم تحقّق الشرط في الخارج ، وهذا ممّا لا إشكال فيه .

وأُخرى يكون الشرط من قبيل شرط الأفعال الخارجة عن تحت قدرة المشروط عليه أعني ما يكون فعل الغير وهذا كاشتراط بيع الثالث مثلاً كما إذا اشترى داراً واشترط في ضمنه بيع الجار داره منه ، أو اشترى حصة أحد الشريكين في مال واشترط عليه البائع بيع شريكه حصّته أيضاً بأن باعه حصّته على تقدير أن يبيع شريكه أيضاً حصته ، أو اشترى زرعاً واشترط عليه أن يجعل الله زرعه سنبلاً وهكذا ، فإنّ تلك الشروط كلّها من أفعال الغير وهي خارجة عن تحت اختيار المشروط عليه .

وفي هذه الصورة لا معنى للشرط بالمعنى الأول أعني تعليق أصل المعاملة على التزام المشتري مثلاً بالشروط ، وذلك لأنّ العاقل الملتفت الشاعر لا يلتزم بأمر غير مقدور ، كما لا يعقل التزامه أيضاً فإنّ الالتزام بنفسه يقتضي أن يكون متعلّقه أمراً مقدوراً وفي غير المقدور لا يتحقّق حقيقة الالتزام ، إذ أيّ معنى للالتزام بما لا يدخل تحت قدرته .

نعم يمكن أن يشترط شيئاً بمعنى أن يلتزم به بحسبان أنه مقدور ولكنّه بحسب الواقع لا يكون مقدوراً له كما إذا التزم بزيارة الحسين (عليه السلام) ماشياً أو حافياً

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٩٢ .

(٢) ستأتي إعادة هذا المطلب بتغيير يسير في الصفحة ١٦ .

وقد مرض في الطريق أو مات أو نحوهما ، وهذا داخل في مسألة تعذّر الشرط وسيأتي فيه الكلام إن شاء الله تعالى ، ولا أظن أن يلتزم أحد فيه بالبطلان بدعوى أنّ عجزه عنه يكشف عن بطلانه ، لأنه يكشف عن عدم قدرته عليه من الابتداء . فالشرط بالمعنى الأول أعني الالتزام غير معقول في الأُمور الخارجة عن الاختيار .

وأمّا الشرط بالمعنى الثاني أعني جعل الخيار على تقدير عدم تحقّق الأمر غير الاختياري في الخارج أي تعليق الالتزام بالمعاملة على تحقّق الشرط في الخارج فالظاهر أنه أمر سائغ صحيح ولا أرى مانعاً منه بوجه .

وأمّا الوجوه الأربعة التي استدلّوا بها على بطلان الشرط فيما إذا كان خارجاً عن الاختيار فشيء منها لا يأتي في المقام ، أعني الشرط بمعنى الخيار دون التزام المشروط عليه .

أمّا الاجماع ، فلأنّا لا نظن بتحقّقه فضلاً عن القطع به سيّما مع استدلالهم عليه بتلك الوجوه الثلاثة ومعه لا يبقى اطمئنان بكون الاجماع تعبّدياً . مضافاً إلى أنّ المسألة خلافية وكفى في ذلك ما ذكره الشيخ[1] والقاضي[2] (قدّس سرهما) من الحكم بلزوم العقد مع تحقّق الشرط وثبوت الخيار للمشروط له إذا لم يتحقّق في أمثال المقام كما إذا باع أمة أو حيواناً واشترط عليه أن تحمل في المستقبل فإنّهما ذهبا في مثله إلى لزوم المعاملة مع تحقّق الحمل، وثبوت الخيار للمشروط له فيما إذا لم تحمل الأمة أو الحيوان في المستقبل على ما نسبه إليهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[3] وهذا عين ما ندّعيه في المقام .

---

(١) المبسوط ٢ : ١٥٦ .

(٢) جواهر الفقه : ٦٠ المسألة ٢٢٠ .

(٣) المكاسب ٦ : ١٨ .

وأمّا مسألة الغرر فتندفع **أوّلاً** : بأنّا نفرض الكلام فيما إذا اطمأنّ المتبايعان على حصول الشرط أعني فعل الغير أو عدمه بحيث لم يبق لهما تردّد في ذلك ، إذ مع الاطمئنان لا معنى للغرر.

وثانياً : لا معنى للغرر في أمثال المقام ، لأنّا كما فسّرناه في محلّه بمعنى احتمال الخطر وذهاب ماله بلا عوض ، ومع جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم تحقّق الشرط لا يحتمل خطراً ولا يحتمل أن يذهب ماله هدراً ، لأنه إن كان واجداً لما اشترطه أخذه ، وإن كان فاقداً له فله أن يفسخ المعاملة فأين هناك احتمال الخطر .

وثالثاً : أنّ اشتراط فعل غير مقدور في المعاملة كما في المقام إذا كان غررياً موجباً للبطلان فما الفارق حينئذ بين اشتراط فعل غير مقدور واشتراط صفة خارجة عن الاختيار ككون العبد كاتباً ونحوه ، فإنّ احتمال التخلّف موجود في كليهما ولماذا التزموا بالصحة في اشتراط الوصف غير الاختياري دون المقام الذي هو من اشتراط الفعل الخارج عن الاختيار ، وقد فرّق شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بينهما تارةً بالاجماع وأنه انعقد على صحة المعاملة الغررية فيما إذا نشأت من اشتراط صفة غير اختيارية . وهذا هو الذي ذكرنا أنّا لا نظنّ بتحقّقه فضلاً عن القطع به وما معنى الاجماع على صحة المعاملة الغررية في مورد .

وأُخرى فرّق بينهما بالبناء وأنّ المتعاملين عند اشتراط الوصف الخارج عن الاختيار قد بنيا على وجود الوصف في المبيع دون المقام ، ولعمري هذا من أعجب الكلام ، فإنّ الغرر بمعنى الخطر الخارجي وليس هو من الأفعال القلبية حتّى يرتفع بالبناء القلبي على وجود الوصف فإنّ البناء لا يمنع عن الخطر الخارجي ، وليت شعري أنّ البناء القلبي لو كان دافعاً للغرر ومصحّحاً للمعاملة فلماذا لا يلتزم به في اشتراط الفعل الخارج عن الاختيار أيضاً فيبني المتعاملان على تحقّق الفعل من الغير ، بل لو تم هذا لما يبقى في البين معاملة غررية بل ندفع الغرر فيها بالبناء .

وبالجملة ذكروا في المقام وجوهاً غير الوجهين المذكورين لا استحسن التعرّض لها .

وأمّا مسألة القدرة على تسليم الشرط ، ففيه : أنّ القدرة على التسليم في الشرط إنما يعتبر فيما إذا كان الشرط ممّا لابدّ من تسليمه إلى المشروط له ، وهذا إنما يتحقّق في الشرط بمعنى الالتزام بشيء ، وقد عرفت أنّ نفس الالتزام يقتضي القدرة على متعلّقه ، وأمّا الشرط بمعنى جعل الخيار على تقدير عدم تحقّق الشرط في الخارج فلا دليل على اعتبار القدرة على الشرط حينئذ ، فهب أنّ الشرط غير مقدور ولا يتمكّن المشتري من تسليمه فإنّ غاية ذلك أن يثبت الخيار للمشروط له ولا وجه لبطلانه ولا دليل عليه .

ومن ذلك يظهر الإشكال في الوجه الذي ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ الشرط لابدّ من أن يكون مملوكاً للمشروط عليه حتى يملكه الغير ويسلّط الغير عليه ، والوجه في الظهور أنّ ما أفاده إنما يتم في الشرط بمعنى الالتزام ، لأنه الذي يستلزم القدرة على متعلّقه ، وأمّا الشرط بمعنى جعل الخيار على تقدير عدم تحقّق الشرط في الخارج فلا وجه لاعتبار كونه تحت اختيار المشتري ، إذ غاية ما يترتّب على عدم تحقّق الشرط في الخارج هو ثبوت الخيار للمشروط له ولا دليل على اعتبار القدرة على الشرط حينئذ ، فلا نرى مانعاً من صحة الاشتراط بمعنى جعل الخيار فيما إذا كان الشرط من قبيل شرط الأفعال الخارجة عن اختيار المكلّف .

إعادة اجمالية بتغيير يسير

إلى هنا قرّرنا ما أفاده سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) أوّلاً ثم إنه كرّره بتغيير يسير

---

(١) منية الطالب ٣ : ١٩٢ .

وملخّص ما أفاده في المرّة الثانية : هو أنّ الشرط تارةً يكون فعل نفس المشروط عليه وأُخرى يكون الشرط فعل الغير وثالثة يكون صفة .

أمّا إذا كان الشرط فعل نفسه فقد عرفت أنّ العاقل لا يلتزم بفعل غير مقدور له ، ولا معنى لالتزامه بطيران الهواء أو الجمع بين النقيضين ونحوهما من المحالات فإنّ الالتزام يقتضي القدرة على متعلّقه ، فالشرط إذا كان فعل نفسه ولم يكن مقدوراً له فهو باطل ولو كان عدم المقدورية قياسية أي بالاضافة إلى شخص المشروط عليه .

نعم قد يتّفق أنّ العاقل يشترط فعل نفسه أي يلتزم به بتخيّل أنه مقدور له ثم يظهر عدم قدرته له كما إذا التزمت المرأة بالصلاة في يوم كذا فحاضت أو التزم بفعل مقدور له ولأجل سعة الوقت أخّره إلى زمان ثم طرأ عليه مانع منعه عن الفعل وهذه الصورة داخلة في مسألة تعذّر الشرط وسيأتي في آخر بحث الشروط إن شاء الله تعالى ، ولا أظن أحداً يفتي ببطلان الاشتراط حينئذ ، لأنّ المفروض أنه كان متمكّناً منه وقد التزم به فالشرط تامّ ولكنّه لمّا لم يتمكّن من إيجاده في الخارج فلا محالة يثبت للمشروط له الخيار .

وأمّا إذا كشف عدم قدرته عليه بعد الالتزام عن عدم قدرته له من الابتداء وأنه قد التزم بأمر غير مقدور له ، فإن كان مدرك اعتبار القدرة في الشروط هو لزوم الغرر عند عدم كونها اختيارية فالشرط المذكور صحيح لعدم تأتّي الغرر في المقام ، إذ المفروض أنّهما كانا واثقين بتحقّق العمل من المشروط عليه فلا غرر في البين .

وأمّا إذا كان مدركه اعتبار القدرة على التسليم أو ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) من اعتبار كون الشرط مملوكاً للمشروط عليه ، لأنّ قبوله تسليط للمشروط له على الشرط والتسليط فرع التسلّط ، فالشرط المذكور باطل ، لأنّ

المفروض أنّ المشروط عليه لم يكن قادراً على الشرط ولم يكن مسلّطاً عليه فيبطل هذا كلّه إذا كان الشرط فعل نفس المشروط عليه .

وأمّا إذا كان الشرط فعل شخص آخر ولو كان هو الله سبحانه كاشتراط جعل الزرع سنبلاً أو البسر رطباً أو نزول المطر في اسبوع معيّن فإنها كلّها من أفعال الله تعالى وربما يتّفق ذلك فترى أنه يبيع الحنطة بقيمة رخيصة بشرط نزول المطر في أيام معيّنة ، فقد عرفت أنه لا دليل على بطلان هذا الاشتراط ولا وجه لاعتبار القدرة عليه حينئذ بل يثبت له الخيار على تقدير عدم تحقّقه .

أمّا الاجماع فلعدم كشفه عن رأي الإمام (عليه السلام) لاحتمال استنادهم إلى الوجوه المتقدّمة ، ولعدم تحقّقه في نفسه لمخالفة مثل الشيخ والقاضي والعلّامة في الفرع الآتي .

وأمّا الغرر فقد عرفت منعه وأنه على تقدير تحقّقه لا يفرق بين المقام وبين اشتراط وصف غير اختياري في المبيع مع أنهم يلتزمون بصحة الشرط في الثاني . ودعوى أنه من جهة البناء على تحقّق الوصف قد عرفت اندفاعها وأنه لا معنى للبناء على أمر غير واقع وأيّ أثر لهذا البناء القلبي بل هو تشريع في الموضوعات الخارجية لأنه عبارة عن الالتزام على خلاف الواقع ، وقد حكى الأُستاذ (دام ظلّه) أنه رأى في كتاب أنّ من التشريع الالتزام بأنّ النواة نبات .

وأمّا دعوى اعتبار القدرة أو الملكية في الشرط فهي ممّا لا دليل عليه ، وعليه فاشتراط فعل الغير في المستقبل سائغ ونافذ ومرتّب على عدمه الخيار ، فلا مانع من اشتراط كون الدابة أو الأمة تحمل في المستقبل أو تلد ذكراً ، بل الظاهر أنّ اشتراط فعل الغير وجعل الخيار على أمر غير اختياري من الواضحات ، وقد تكرّر منهم في تضاعيف الكتاب أنه إذا باع واشترط الخيار على تقدير غير اختياري كطلوع الشمس وقدوم الحاج ونزول المطر يقع صحيحاً وإنما وقع مورداً للإشكال في المقام .

ومن مصاديق هذه الكبرى ما إذا باع واشترط عليه البيع من ثالث، لأنّ البيع المركّب من إيجاب وقبول وإن كان أمراً غير اختياري للمشروط عليه، لأنّ القبول فعل الغير إلّا أنه لا مانع من اشتراطه وجعل الخيار على تقدير عدم تحقّقه، ومن هنا أفتى العلّامة (قدّس سرّه)(١) بصحة المعاملة حينئذ وثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدم قبول الثالث، ومع ذهاب مثل العلّامة (قدّس سرّه) إلى الصحة والخيار لم يبق لدعوى الاجماع على اشتراط القدرة في صحة الشروط وقع، وقد عرفت مخالفة الشيخ والقاضي أيضاً في مسألة اشتراط الحمل في الأمة أو الحيوان وهو أيضاً من موهنات دعوى الاجماع.

ثم إنّ العلّامة (قدّس سرّه) احتمل عدم ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدم قبول الثالث أيضاً من جهة أنّ معنى اشتراط البيع من ثالث هو بيعه منه على تقدير قبوله لا مطلقاً.

وما أفاده وإن كان متيناً في نفسه إلّا أنّ المفروض في المقام كون الشرط أمراً خارجاً عن قدرة المشروط عليه، فلو كان الشرط هو مجرد الايجاب وهو مقدور له فيخرج عن محل الكلام وهو خلف، هذا كلّه في اشتراط الفعل.

وأمّا إذا كان الشرط وجود وصف في المبيع ويعبّر عنه شرط الصفة فقد اتّضح من تضاعيف الكلام في شرط الأفعال أنه لا مانع من جعل الخيار معلّقاً على شيء وإن كان خارجاً عن الاختيار، لأنّ معنى الشرط هو ربط شيء بشيء على اختلاف بحسب المرتبطات، فتارةً يوجب تعليق أصل البيع على التزام المشروط عليه، وهذا إنما يمكن في موارد صحة الالتزام أعني موارد القدرة على الشرط، وأُخرى يوجب تعليق الالتزام بالمعاملة على تحقّق شيء في الخارج باختيار المشروط عليه أو بغير

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٥٣.

اختياره ، وهذا لا يختص بموارد القدرة على الشرط ، وعليه فلا مانع من الالتزام بصحة الشرط في الصفة وأنه يترتّب على عدمها الخيار ، وهذا ظاهر .

وأمّا اشتراط النتيجة أعني الحكم الشرعي كـالزوجية أو الطـلاق والعـتق والملكية بأن اشترط كون امرأة زوجة له أو مطلّقة وهكذا فالظاهر أنه خارج عن محل الكلام ، لأنّ تلك النتيجة إن لم تتوقّف على سبب خاص بل احتاجت إلى مبرز ما كما في الوكالة والتمليك فإنّ الوكالة ليست إلّا تفويض الأمر إلى الغير مع إبرازه بشيء ، والملكية عبارة عن اعتبار شيء ملكاً لشخص مع إبرازها بمبرز ، فلا ينبغي الإشكال في صحة اشتراطها وثبوتها بنفس هذا الاشتراط والقبول لأنـه كـافٍ في مقام الابراز وهو أي الاشتراط مبرز ، فإذا باع شيئاً واشترط كونه وكيلاً من قبل المشروط عليه في أمر كذا فقبله فلا محالة يقع الشرط صحيحاً وبه تثبت وكالته .

وأمّا إذا كانت النتيجة متوقّفة على أسباب خاصّة كالزواج والظهار والطلاق لقوله (عليه السلام) « لا يكون الطلاق إلّا بأن تقول أنتِ طالق على شهود في طهر لم تواقعها فيه » فيبطل اشتراطها ، لأنّ المفروض أنه شرط ثبوتها بلا سبب ، والوجه في بطلانه حينئذ أنه من الشرط المخالف للكتاب والسنّة لتوقّفها على الأسباب شرعاً وهو باطل كما سيأتي، ولذا قلنا إنه خارج عن محل الكلام ، إذ البحث في المقام في اشتراط القدرة على الشرط وبطلان غير المقدور دون الشرط المخالف للكتاب أو السنّة وهذا ظاهر .

بقي الكلام في شيء : وهو أنّ ما ذكرناه من أوّل الكلام إلى هنا إنما كان راجعاً إلى ما إذا اشترط شيئاً على المشروط عليه من فعل نفسه أو فعل غيره بأن كانت المعاملة أو الالتزام بها معلّقاً على فعل المشروط عليه أو فعل غيره بحيث كان طرف الاشتراط هو المشروط عليه أعني أحد المتبايعين ، وأمّا إذا كانت المعاملة أو الالتزام بها مطلقاً ولم يكن المشروط عليه أعني أحد المتبايعين طـرفاً للاشـتراط

بوجه بل هو على حرّيته وإطلاقه وإنما اشترط في ضمن المعاملة أمراً على شخص ثالث كما إذا باع شيئاً من مشترٍ واشترط في ضمنه على شخص ثالث أن يفعل كذا كما ربما يتّفق ذلك كما سنمثّل إن شاء الله تعالى ، فهذا له صورتان :

فإحداهما : ما إذا لم يكن الثالث المشروط عليه حاضراً في مجلس المعاملة ولم يكن ملتزماً به كما لم يلتزم به ولم يقبله بعد ما سمعه ، ففي هذه الصورة لا يبقى هناك اشتراط أصلاً ويبطل لا محالة ، لأنّ معنى الشرط كما مرّ هو ربط شيء بشيء والمفروض أنّ المعاملة لم تكن مربوطة بذلك الشرط بل كانت مطلقة ، والثالث أيضاً لم يربطه على نفسه ولم يلتزم به فأين هناك شرط ، وهذا ظاهر .

والصورة الثانية : ما إذا كان الثالث حاضراً في المجلس وقد التزم بالشرط أيضاً كما إذا اشترى زيد داراً من أحد في قرب دار عمرو واشترط عليه البائع زيارة الأمير مدّة كذا في ضمن المعاملة ولم يقبله زيد وقد قبله عمرو لرغبته في كون زيد جاراً له ، ففي هذه الصورة لا إشكال في تمامية البيع لأنه علّق على التزام الثالث والمفروض أنه حاصل بالفعل ، وإنما الكلام في أنّ الثالث هل يجب عليه العمل بما التزم به بعد ذلك أو لا يجب .

وبعبارة أُخرى : الكلام في المقام من جهتين : إحداهما في ثبوت الخيار للمشروط له البائع على تقدير عدم عمل الثالث بما التزمه على نفسه ، وهذا ممّا لا إشكال في ثبوته كما قدّمناه وهو في الحقيقة خارج عن محل الكلام . وثانيتهما : في أنّ الثالث هل يجب عليه الوفاء بما التزم به لأنّ الشرط في ضمن العقد وهو واجب العمل ، أو أنه لا يكلّف بالوفاء به لأنه من الشرط الابتدائي فإنه غير مربوط بالمعاملة فلا يجب عليه الوفاء به ، وسيأتي تحقيق هذا الكلام في الشرط الثامن عند تعرّض الماتن له إن شاء الله تعالى .

تتمّة

قد ذكرنا أنّ الشرط إذا كان فعل نفس المشروط عليه فلا يعقل التزامه به فيما إذا التفت إلى عدم تمكّنه منه، ولكنه يمكن ذلك فيما إذا كان الشارط جاهلاً بعدم قدرة المشروط عليه وعدم تمكّنه فباعه شيئاً واشترط عليه الكتابة مثلاً، والمشروط عليه مع علمه بعدم تمكّنه من الكتابة قد التزم بالشرط التزاماً صورياً، لما عرفت من عدم معقولية الالتزام الحقيقي مع العلم بعدم القدرة على متعلّقه.

ويقع الكلام حينئذ في أنّ المعاملة صحيحة حينئذ أو باطلة وعلى تقدير صحتها يثبت للبائع الخيار أو لا ؟

فنقول : إن كان الشارط قد علّق إقدامه بالبيع على التزام المشروط عليه بالشرط التزاماً حقيقياً واقعياً أي قلبياً فلا ينبغي الإشكال في بطلان المعاملة حينئذ، لأنّ المفروض عدم حصول المعلّق عليه، لعدم معقولية الالتزام الحقيقي من المشروط عليه مع علمه بعدم قدرته، والمفروض أنّ الشارط إنّما اعتبر ملكية خاصة وهي الملكية على تقدير الالتزام الحقيقي من المشروط عليه وهي غير حاصلة لعدم حصول شرطها، والملكية المطلقة لم يعتبرها على الفرض فالمعاملة باطلة.

وأمّا إذا كان المعلّق عليه في المعاملة هو الالتزام في مقام المعاقدة أعني إبراز الالتزام كما لعلّه الظاهر من الالتزامات المعاملية إذ لا يراد منها الالتزام القلبي فالمعاملة صحيحة، لأنّ المعلّق عليه حاصل، إذ المفروض أنّ المشروط عليه قد أبرز التزامه، نعم لابدّ في ذلك من فرض عدم علم المتبايعين بعدم قدرة المشروط عليه إذ مع علم كليهما بالحال يقع إبراز الالتزام لغواً، إذ لا أثر لمجرد اللفظ، ويعتبر في المبرز أن يكون كاشفاً نوعياً عمّا يبرز به وهو إنما يتحقّق في صورة عدم علم البائع بعجز المشروط عليه، وحينئذ إذا أبرز التزامه بالشرط فلا محالة يكون كاشفاً عن

واقع الالتزام ، وغاية الأمر أنه لا منكشف لهذا الكاشف وفرضنا أنه المعلّق عليه في المعاملة فيصح البيع ويثبت للبائع الخيار لعدم تحقّق الشرط في الخارج ، هذا ما يرجع إلى تتمّة البحث المتقدّم .

الشرط الثاني

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنه يشترط في صحة الشرط أن يكون سائغاً شرعاً ، ولعلّ غرضه (قدّس سرّه) منه بيان اشتراط كون الشرط سائغاً حسب ما تقتضيه القاعدة مع قطع النظر عمّا ورد فيه من الأخبار ، ولا ينبغي الإشكال في أنه إذا اشترط عليه فعل حرام كشرب الخمر ونحوه لا يكون هذا الشرط نافذاً حسب القاعدة ، إذ لا معنى لايجاب الشارع عليه إتيان الحرام .

وأمّا بلحاظ الأخبار الواردة في ذلك فهذا الشرط يرجع إلى الشرط الرابع لأنه عام ، وهذا من أحد أفراده وسيأتي هناك أنّ الشرط المخالف للكتاب والسنّة باطل فلا وجه لعدّه شرطاً مستقلاً بهذه الملاحظة أي بلحاظ ما ورد فيه من الأخبار .

الشرط الثالث

ذكروا من جملة الشروط كون الشرط ممّا فيه غرض عقلائي بحيث يعتدّ به عندهم بحسب النوع ، أو يكون غرضاً عقلائياً بالنسبة إلى شخص الشارط ، فلو اشترط في البيع كيلاً خاصاً من أفراد المتعارف أو ميزاناً كذلك ، أو اشترط وزنه مثقالاً فمثقالاً بطل ، لأنه ممّا لا غرض فيه يعتدّ به عند العقلاء ، وذلك من جهة أنّ

---

(١) المكاسب ٦ : ١٩ .

الشارع لا يرى مثله حقّاً للشارط ولا يرى مخالفته ظلماً عليه ، وليس ترك مثله ممّا يوجب الضرر على الشارط ، ومن هنا اعتبروا في صحة البيع والاجارة أن يكون المتعلّق مالاً عند العقلاء ، فلذا لو باع الخنفساء وغيره ممّا لا مالية نوعية فيه وليس فيه غرض عقلائي يقع البيع باطلاً ، وكذا الاجارة لأنهما سواء إلّا في أنّ البيع نقل الأعيان والاجارة نقل المنافع ، هذا .

ولا يخفى أنّ للمناقشة في هذا الاشتراط مجالاً واسعاً ، وذلك لأنّا لو سلّمنا اعتبار المالية في المبيع وكذا في مورد الاجارة ، وسلّمنا أنّ بيع الخنفساء والاجارة على حركة الاصبع مثلاً باطلان لعدم ترتّب غرض عقلائي في مثلهما ـ مع أنّا ناقشنا فيه في محلّه(١) وصحّحنا البيع في غير الأموال أيضاً ـ لم نلتزم بذلك في الشروط ، لأنّها ممّا لا يقابل بالمال كان فيها غرض عقلائي أم لم يكن ، ولا مانع من التمسك بعموم ما دلّ على جواز الشرط ونفوذه فيما إذا اشترط أمراً تعلّق عليه غرضه الشخصي كتحريك إصبعه أو كيله مثقالاً مثقالاً ، ولو كان ذلك لتصعيب الأمر على البائع ، بل وكذلك الحال فيما إذا لم يكن غرض الشارط غرضاً عقلائياً حتى بالنسبة إليه كما إذا اشترط شيئاً بلا أثر وكان سفهائياً فإنّ عمومات نفوذ الشروط كعمومات غيرها من العناوين الثانوية نظير ما دلّ على وجوب إطاعة السيد على عبده أو وجوب الوفاء بالحلف ، فهل ترى من نفسك أنه إذا حلف بتحريك إصبعه لما يجب عليه الوفاء به من جهة عدم ترتّب غرض عقلائي عليه ، والشرط أيضاً كذلك فلا وجه لهذا الاشتراط .

نعم ، ربما يدّعى أنّ أدلّة اعتبار الشروط كقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند

---

(١) أشار إلى ذلك في المجلّد الأوّل من هذا اكتاب ص١٨ .

شروطهم »[١] منصرفة إلى الشروط التي يتعلّق بها غـرض عـقلائي ولا تشـمل غيرها ، إلّا أنّ هذه الدعوى تحتاج إلى دليل ، إذ لا وجه لاختصاصها بما ذكر بعد كون عمومها انحلالياً بحسب الاشخاص ، لأنّ معناها أنّ كل شخص يجب عليه أن يفي بشرطه نظير قوله تعالى ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾[٢] الخ ، لأنّ معناه أنّ كل شخص يمسح برأسه ، فلا محالة يشمل جميع الشروط ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّا لو سلّمنا ورود هذا الاشتراط في دليل وفرضنا أنه ورد أنّ كل شرط يجب العمل به إلّا ما خالف كتاب الله أو لم يكن فيه غرض عقلائي وشككنا في مورد في أنّ هذا الاشتراط المعيّن ممّا يترتّب عليه غرض عقلائي أو لا ، فلا يمكننا تصحيح ذلك الاشتراط بالتمسّك بعموم أدلّة الشروط ، لأنه من التمسك بـالعام في الشبهات المصداقية ، وعليه فما معنى قول شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولو شك في تعلّق غرض صحيح به حمل على الصحيح[٣].

مضافاً إلى أنه لا وجه للحمل على الصحة بمعنى حمله على عدم اللغوية ، لأنّ صدور اللغو من العقلاء والمسلمين في كل يوم بمثابة من الكثرة لا يمكن عدّه وليس فيه قبح ليحمل على الحسن .

والعجب كلّه أنه (قدّس سرّه) لم يكتف بذلك بل استشهد عليه بكلام العلّامة الذي نقله في المتن ، مع أنه لاشهادة في كلام العلّامة على حمل المشكوك على الصحيح فراجع لأنه غير متعرّض لصورة الشك ، وإنّما غرض العلّامة (قدّس سرّه) ما ذكرناه من أنه لا دليل على اعتبار ترتّب غرض عقلائي على الشرط حيث ذكـر صـحة

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) المائدة ٥ : ٦ .

(٣) المكاسب ٦ : ٢٠ ـ ٢١ .

اشتراط أن لا يأكل العبد إلّا الهريسة ولا يلبس إلّا الخزّ ، وعليه فهذا الاشتراط كسابقيه ساقط .

ثم إنه (قدّس سرّه) تعرّض لبعض موارد الاشتراط لما وقع فيه من الكلام وأفاد أنه لو اشترط كون العبد كافراً ففي صحّته أو لغويته قولان ، أمّا وجه صحته فهو ترتّب الغرض العقلائي على كون العبد كافراً وهو صحة بيعه من كل من المسلم والكافر ، بخلاف العبد المسلم لعدم جواز بيعه من الكافر واستغراق أوقاته في الخدمة ، بخلاف المسلم فإنه يصرف مقداراً منها في الصلاة .

وأمّا وجه لغويته فهو أنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، واشتراط الكفر موجب لعلوّ الكفر لاستظهار أنّ الشارط أرغب في الكافر من المسلم ، وأمّا ما ذكرتموه من الفوائد والأغراض فهي أغراض دنيوية لا تعارض الغرض الأُخروي .

وفيه : أنّ اشتراط الكفر ليس فيه علواً للكفر وإلّا لما يصح شراء العبد الكافر ابتداء ، وليس في ترك شراء الكافر غرض أُخروي كي لا يزاحمه الغرض الدنيوي فلا مانع من اشتراط الكفر في العبد ولا دليل على بطلانه ، وربما يكون ذلك لغرض هداية العبد إلى الإسلام ، لأنّ العبد في سماع نصيحة المولى أولى من غيره ، وهذا الغرض أي لأن يهدى بك شخص من المهام وهو أفضل ممّا طلعت عليه الشمس أو ملأ الخافقين ذهباً كما في بعض الأخبار(١) كما لا دليل على بطلان اشتراط ما ليس فيه غرض عقلائي ، مع أنّ معنى الإسلام يعلو ولا يعلى عليه هو أنّ حجج الإسلام قوية وبرهانه عالٍ لا يعلو عليه شيء .

---

(١) الوسائل ١٥ : ٤٢ / أبواب جهاد العدو ب ١٠ ح ١ .

الشرط الرابع

أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة ، وهذا في الحقيقة أوّل الشروط لعدم اعتبار الشروط السابقة عليه كما عرفت ، وهو المهم من بين الشروط وقد تظافرت الأخبار على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنّة وهي بين صحاح وموثّقة وغيرهما ، وكيف كان فالشرط المخالف للكتاب والسنّة غير نافذ . وربما يحتمل أمران لابدّ من دفعهما .

أحدهما : احتمال أن يكون عمومات الوفاء بالشرط مخصّصة للأدلّة الدالّة على حرمة ذلك الشيء من الكتاب والسنّة بأن يقال : إنّ شرب الخمر مثلاً وإن كان محرّماً لعموم ما دلّ على حرمته من الكتاب أو السنّة إلّا أنه مخصّص بعمومات وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يحرم شرب الخمر فيما إذا وقع مورداً للاشتراط وهكذا وعليه فلا يكون اشتراط شرب الخمر في العقد مخالفاً للكتاب ، لأنّ المفروض عدم حرمته عند وقوعه في مورد الاشتراط ، كما وقع نظير ذلك في التكليفيات والوضعيات .

أمّا في التكليفيات فنظير حرمة الصوم في السفر وحرمة الإحرام قبل الميقات حيث خصّصت الحرمة فيهما بأدلّة وجوب الوفاء بالنذر ، فلا يحرم الصوم في السفر عند تعلّق النذر به ، وكذا الإحرام قبل الميقات ، فكونه مورداً للنذر يوجب ارتفاع حرمتهما .

وأمّا في الوضعيات فنظير عدم توارث الزوجين في المتعة ، لأنه خصّص بأدلّة وجوب الوفاء بالشرط ولذا يتوارثان فيما إذا اشترطا التوارث بينهما في العقد ، هذا أحد الاحتمالين في المقام .

والثاني : احتمال تخصيص العمومات الدالّة على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنّة ببعض الشروط بأن نلتزم بجواز بعض الشروط المخالفة للكتاب

والسنّة ، لأنّ العمومات الدالّة على عدم نفوذ المخالف كسائر العمومات ممّا يحتمل تخصيصه ، هذا .

ويرد على هذا الاحتمال أعني الاحتمال الثاني : أنه ما المراد بتخصيص العمومات الدالّة على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنّة ، فإن اُريد به احتمال أن يكون بعض الشروط مع مخالفته لواقع الكتاب والسنّة جائزاً ونافذاً فمرجع هذا إلى التناقض لأنّ معنى مخالفته لواقع الكتاب أنّ الشرط ممّا لم يجوّزه الشارع في الواقع ونفس الأمر ومعنى كونه نافذاً أنه ممّا جوّزه ورخّصه فهذا تناقض ظاهر .

وإن اُريد بذلك أنّ بعض الشروط المخالفة لظاهر الكتاب والسنّة لا لواقعهما جائز ونافذ ، فهذا يرجع إلى الاحتمال الأول ، لأنّ معنى ذلك احتمال عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب واقعاً ولو كان مخالفاً لظاهره ، وإذا لم يكن مخالفاً للكتاب والسنّة فينفذ لا محالة ، كما أنّ معنى الاحتمال الأول هو ذلك بعينه إذ بعد تخصيص الحرمة الثابتة على الشيء من جهة دلالة الكتاب بوجوب الوفاء بالشرط فلا يبقى حرمة في الشيء المذكور ولا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب والسنّة فينفذ ، وعليه لا يكون هذا الاحتمال في مقابل الاحتمال الأول ، وكيف كان فتفصيل الكلام في الشروط يقع في جهات :

منها : أنّ أكثر الأخبار الواردة في المقام قد اشتملت على لفظة الكتاب كقوله (صلّى الله عليه وآله) « فما كان من شرط ليس في كتاب الله »(١) و « كل شرط خالف كتاب الله »(٢) و « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله »(٣) و « من اشترط شرطاً

---

(١) كنز العمّال ١٠ : ٣٢٢ / ٢٩٦١٥ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب٦ ح٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب٦ ح١ .

سوى كتاب الله »[١] و « فيما وافق كتاب الله »[٢] وفي بعضها ذكرت لفظة السنّة كما في رواية محمّد بن قيس[٣] حيث قال فيها : « خالفت السنّة » وظاهر الكتاب هو القرآن أعني كتاب الله المعهود ، إلّا أنّ هذا الظهور بدوي ولا محيص من رفع اليد عنه وذلك بقرينة أنّا لا نحتمل خصوصية في مخالفة القرآن ، فإنّ الوجه في عدم نفوذ الشرط المخالف له ليس إلّا أنه مخالف لحكم الله تعالى كان موجوداً في القرآن أم ثبت من السنّة ، وعليه فالمراد بكتاب الله مطلق ما كتبه الله تعالى من أحكامه وقوانينه كما يستفاد هذا من إطلاق الكتاب عند العرف كما إذا قال أطع والدك إلّا فيما خالف الكتاب ، وفي القرآن ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ﴾ الآية[٤] فالمراد بالكتاب مطلق ما كتبه الله . مضافاً إلى ما دلّ على أنّ مخالف السنّة أيضاً غير نافذ .

مع أنّا لا نحتاج في الخروج عن مخالفة القرآن والتعدّي إلى مخالفة السنّة ومطلق حكم الله إلى ورود رواية أو دلالة قرينة ، بل لو كنّا نحن وتلك الأخبار الدالّة على أنّ مخالف الكتاب غير نافذ كفانا ذلك في إلحاق مخالفة السنّة بمخالفة الكتاب ، وذلك لأنه لا يفرق في مخالف الكتاب بين أن يكون الشرط مخالفاً لما دلّ عليه القرآن بالخصوص وبين كونه مخالفاً لما دلّ عليه الكتاب بالعموم ، وقد قال الله سبحانه ﴿وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾[٥] فإذا ثبت نهي النبي أو أمره في السنّة وكان الشرط مخالفاً لأمره (صلّى الله عليه وآله) أو نهيه فلابدّ من

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٩٧ / أبواب المهور ب٣٨ ح٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب٦ ح١ (باختلاف يسير) .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٨٩ / أبواب المهور ب٢٩ ح١ .

(٤) البقرة ٢ : ١٨٣ .

(٥) الحشر ٥٩ : ٧.

طرحه ، لأنّ قبوله طرح لقول الرسول وترك للانتهاء عمّا نهى عنه .

والمتحصّل : أنّ المراد من مخالفة الكتاب مخالفة مطلق أحكام الله تعالى كما دلّت عليه الروايات ، بل لا نحتاج في طرح مخالف الكتاب إلى رواية أصلاً كما سيأتي ومرّت إليه الاشارة .

ومنها : أنّ المناط في عدم نفوذ الشرط هل هو مخالفة الشرط للكتاب كما عبّر بها في بعض الأخبار ، أو أنّ المناط عدم موافقته للكتاب كما وقع في بعض الروايات الأُخر ؟

ولا يخفى أنّ الفرق بينهما إنّما يظهر فيما إذا حملنا الكتاب على خصوص القرآن كما تكلّمنا في ذلك فيما ورد في أخبار الآحاد(١) حيث دلّ بعضها على أنّ مخالف الكتاب يضرب على الجدار ، وبعضها الآخر دلّ على طرح ما لم يوافق الكتاب وذلك لأنّ المراد بالكتاب في أخبار الآحاد هو خصوص القرآن وخصوص ألفاظه وإلّا فمن أين يعلم حكم الله الواقعي حيث يكون هو المناط في مخالفة الأخبار معه وموافقتها .

وأمّا في المقام فقد عرفت أنّ المراد بالكتاب مطلق أحكام الله تعالى ، وعليه فلا فرق بين عنوان المخالفة وعنوان عدم الموافقة ، ولا واسطة بينهما لأنّ الله تعالى قد بيّن أحكام جميع أفعال العباد من محرّماتها ومحلّلاتها ، وعليه فكلّ شرط لم يوجد في مطلق أحكام الله أي لم يوافقه فلا محالة يكون مخالفاً لأحكامه تعالى ، فلا فرق بين هذين العنوانين في المقام .

ومنها : أنّ الشرط المخالف للكتاب على ثلاثة أقسام ، فتارةً يكون من قبيل الأفعال التكوينية كاشتراط شرب الخمر أو الكذب أو القتل وغيرها من الأفعال

---

(١) الوسائل ٢٧ : ١١٠ / أبواب صفات القاضي ب ٩ .

المحرّمة ، وأُخرى يكون من قبيل الاعتبارات النفسانية كاشتراط الزوجية والملكية أو ثبوت الولاء للبائع في بيع الأمة أو الارث لغير الوارث ونحوها ، وثالثة يكون من قبيل الأحكام الشرعية كاشتراط أن يكون المحرّم الفلاني حلالاً في الشريعة المقدّسة أو كون الواجب جائزاً في حكم الله تعالى ، ولم نجد قسماً رابعاً للشرط المخالف وهذا القسم الثالث من قبيل اشتراط فعل الغير لأنه راجع إلى اشتراط فعل الشارع وقد عرفت أنه خارج عن قدرة المشروط عليه فلا معنى لتعليق أصل العقد على الالتزام به .

وعليه فيدور الأمر في الشرط بين أن يكون راجعاً إلى تعليق أصل المعاملة على الفعل المشروط والتعليق في العقود مبطل ، ولو قلنا بعدم بطلانه أيضاً لا محيص عن الالتزام به في المقام لعدم حصول المعلّق عليه حسب الفرض ، لأنّ الحرام لم يحكم عليه بالحلّية في الشرع الذي هو الشرط .

وإمّا أن يكون راجعاً إلى تعليق الالتزام بالمعاملة عليه ، وعليه فيثبت للمشروط له أي الشارط الخيار لعدم تحقّق الشرط في الخارج ، وعليه لابدّ من التكلّم في كل واحد من الأقسام .

فنقول : قد ورد في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) « من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه »[1] وفي صحيحة أُخرى « كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ »[2] وفي صحيحة ثالثة « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله (عزّوجلّ) فلا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٩٧ / أبواب المهور ب٣٨ ح٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٦٧ / أبواب بيع الحيوان ب١٥ ح١ .

كتاب الله »[١] وفي رواية أُخرى « المؤمنون عند شروطهم إلّا كل شرط خالف كتاب الله »[٢] وهذه الأخبار دلّت على أنّ الشرط المخالف للكتاب لا يصحّ.

وحينئذ نقول[٣]: إنّ الشرط تارةً يتعلّق بترك أمر مباح أو بفعله، والمراد من المباح ما هو في مقابل الالزام أعني الأحكام الثلاثة المستحبّ والمكروه والمباح. ولا ينبغي الإشكال في أنّ مثل هذا الشرط ليس مخالفاً للكتاب، إذ لم يدلّ الكتاب على حرمة الالتزام بترك المباح أو بفعله، بل غالب موارد الاشتراط لو لم يكن جميعها من هذا القبيل، فلو منعنا عن جوازه أيضاً بدعوى أنّ الكتاب دلّ على إباحته والالتزام بتركه أو بفعله مخالف للكتاب لما يبق مورد للاشتراط فيلغو ما دلّ على أنّ « المؤمنون عند شروطهم » وغيره ممّا دلّ على صحّة الاشتراط، إذ ينحصر الاشتراط حينئذ باشتراط فعل الواجبات واشتراط ترك المحرّمات، ومن الظاهر أنّ المستفاد من الشرط عرفاً هو الاشتراط المتعارف عندهم دون خصوص فعل الواجب وترك الحرام ولعلّ هذا ظاهر.

وهذا ممّا لم يدلّ على خلافه ولا ينافيه شيء إلّا ما نقل عن العياشي في تفسيره عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: « قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأة تزوّجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنّها طالق، فقال (عليه السلام) شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفى بشرطه وإن شاء

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب٦ ح١ (باختلاف يسير).

(٢) الوسائل ١٨ : ١٦ / أبواب الخيار ب٦ ح٢ ولكن فيه بدل المؤمنون « المسلمون ».

(٣) هذا شروع في البحث عن كل واحد من الأقسام المتقدّمة وقد قسّم الأول إلى صورتين إحداهما تعلّق الشرط على ترك المباح أو فعله وثانيتهما معلّقة على فعل الحرام أو ترك الواجب فلا تغفل.

أمسك امرأته ونكح عليها وتسرّى عليها وهجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ وقال ﴿احل لكم ما ملكت أيمانكم﴾[١] وقال ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ الآية »[٢].

فإنّ هذه الرواية دلّت على عدم جواز اشتراط ترك المباح ، لأنّ التزويج أو إتيان السرية أمر مباح ووصفه بالمخالفة مع الكتاب وأنّ شرط الله قبل شرطهم.

ورواية أُخرى وصفها الشيخ (قدّس سرّه)[٣] بالموثّقة عن أمير المؤمنين « من شرط لامرأته ـ إلى أن قال ـ إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً »[٤] وهذه الرواية أيضاً تدلّ على عدم جواز اشتراط ترك المباح لأنه من تحريم الحلال.

والجواب أمّا عن الرواية الثانية : فهو أنّها ضعيفة لعدم توثيق غياث بن كلوب[٥] الذي روى عن ابن عمّار ، والشيخ وإن وصفه بأنّ الأصحاب عملوا برواياته إلّا أنه لا يوجب التوثيق بعد عدم توثيق الأصحاب له . وعليه فلا يمكننا الاعتماد عليها ولا يصحّ الحكم على طبقها .

مضافاً إلى ما عرفت من أنّ لازم ذلك الالتزام ببطلان أغلب الشروط بل جميعها لتعلّقها على ترك المباح أو فعله ، وليس في غير تلك الرواية عنوان ما حرّم حلالاً فراجع .

---

(١) نصّ الآية في سورة النساء ٤ : ٣ هكذا : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٧ / أبواب المهور ب ٢٠ ح٦ .

(٣) المكاسب ٦ : ٢٢ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٣٠٠ / أبواب المهور ب ٤٠ ح ٤ .

(٥) وقد أهمله في الخلاصة وعدّه في الحاوي في الضعفاء وفي الوجيزة أنه ضعيف وعن الشيخ في العدّة أنّ الطائفة عملت بأخباره كذا ذكره المامقاني (رحمه الله) [تنقيح المقال ٢ : ٣٦٧] .

وأمّا الرواية الأُولى : فبعد الغضّ عن سندها في دلالتها إجمال ظاهر ، لأنّ صدرها ظاهر في أنّ الشرط هو صيرورة المرأة مطلّقة إذا أتى الرجل بأحد الأُمور المذكورة فيها ، وظاهر استشهاد الإمام (عليه السلام) بالآيات أنّ الشرط عدم تزويج الرجل امرأة أُخرى أو عدم إتيانه سرية ، ووجه البطلان بناءً على ظهور الصدر ظاهر ، لأنّ الطلاق لا يحصل بإتيان الأُمور المذكورة ، لأنّ له سبباً خاصّاً فاشتراطه بلا سبب مخالف للشرع ، وكيف كان فلم يظهر من الرواية أنّ اشتراط ترك الأُمور المباحة غير جائز .

على أنّ الرواية لو كانت صريحة في عدم جواز اشتراط ترك المباح لما يمكننا الأخذ بها ، لما عرفت من أنّ لازمها بطلان جميع الشروط لأنها تتعلّق بفعل المباح أو تركه وتلغو أدلّة الوفاء بالشروط .

نعم ، يمكن تأويل الرواية على نحو يوافق ذيلها صدرها بأن نقول : إنّ غرض الإمام (عليه السلام) من الاستشهاد بالآيات الشريفة هو أنّ التزوّج بالمرأة الثانية أو الثالثة لا يوجب الافتراق عن الزوجة الأُولى ولا يكون ذلك طلاقاً وإلّا لما عدّت الثانية ثانية بل كانت هي الزوجة الأُولى مع أنه تعالى أمر ورخّص في الثانية والثالثة ولازمه أن لا تخرج المرأة الأُولى عن الزوجية بالثانية والثالثة وإلّا لم تجتمع الثلاثة والأربعة في الزوجية ، وكذا شراء الأمة لا يختصّ جوازه بالعزّاب في الشريعة بل هو عام لهم وللمتزوّجين ، فمنه يستكشف أنّ شراء المملوكة وإتيانها لا يوجب طلاق المرأة وافتراقها ، وكذا أمر بالهجر في المضاجع مع بقاء زوجيّة المرأة فيعلم منه أنّ الهجر لا يوجب الطلاق ، إلّا أنّ ذلك كلّه تأويلات والرواية مجملة ، وعلى تقدير عدم إجمالها فهي ناظرة إلى بطلان اشتراط كون المرأة مطلّقة بلا سبب ، هذا كلّه .

مضافاً إلى أنّها معارضة في موردها برواية أُخرى(١) دلّت على أنّ هذا الاشتراط وإن كان ممّا لا ينبغي لأنه لا يدري بما يقع في قلبه ولعلّه يندم بعد ساعة في الليل أو في النهار، ولكنّه يفي بشرطه هذا لأنّ « المؤمنون عند شروطهم » وغرضه (عليه السلام) من قوله « بئس ما صنع » إرشاد إلى أنه لا يدري بعدم ندامته فكان الأحسن أن لا يشترط ذلك إلّا أنه بعد الاشتراط يفي بشرطه، وعليه فلا مانع من اشتراط عدم تزويج المرأة الثانية في النكاح ولا مانع عنه، والمشهور أيضاً يلتزمون بصحة هذا الاشتراط.

ومعه لا حاجة إلى تأويل الرواية بأنّ الاباحة في خصوص هذه الأشياء ممّا لا يرضى الشارع برفع اليد عنها كما صنعه شيخنا الأنصاري(٢) لأنه يحتاج إلى دليل يدلّ عليه، وهذه الرواية لا تكفي في إثباته.

والمتحصّل: أنّ اشتراط ترك المباح أو فعله ليس مخالفاً للكتاب فهو نافذ اللهمّ إلّا أن تكون الإباحة ناشئة عن مصلحة ملزمة بحيث لا يرضى الشارع بتركها، لكن هذه الكبرى ممّا لا صغرى لها ولم نجد مورداً تكون الاباحة فيه كذلك واشتراط ترك المباح نظير ترك المباح بلا اشتراط ولا إشكال في جوازه.

نعم، الالتزام بترك نوع خاص من المباح كترك شرب الماء البارد أو ترك التزويج مرجوح لما يستفاد من بعض الأخبار(٣) من أنّ الله كما يحبّ أن يؤخذ بعزائمه يجب أن يؤخذ برخصه، ومن هنا لا ينعقد الحلف على ترك التزويج لأنه

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤.

(٢) المكاسب ٦ : ٢٧.

(٣) الوسائل ١٦ : ٢٣٢ / أبواب الأمر والنهي ب ٢٩ ح ٢٠.

مرجوح كما ورد في بعض الأخبار(١) وأمّا الاشتراط فحيث إنه لا يشترط في صحته الرجحان فيقع صحيحاً ولو كان مرجوحاً أيضاً .

ثم إنه لو توهّم متوهّم أنّ النسبة بين أدلّة الوفاء بالشروط وبين أدلّة إباحة الشيء عموم من وجه ، لأنّ دليل الشرط يقتضي وجوب الوفاء به كان في المباح أم في غيره كالواجب ، ودليل إباحة الشيء يقتضي إباحته تعلّق بتركه أو فعله شرط أم لم يتعلّق ، فيتعارضان في مورد الاجتماع والحكم فيه السقوط فلا يبقى دليل على وجوب الوفاء بالشرط عند تعلّقه بترك المباحات أو بفعلها .

نقول في الجواب : إنّ دليل الشرط يتقدّم على دليل إباحة الشيء من وجهين :

أحدهما : أنّ العرف لا يكاد يشك في تقديم الأحكام المترتّبة على العناوين الثانوية على الأحكام الثابتة على الشيء بعنوانه الأوّلي توفيقاً بينهما ، لأنه يرى أنّ الإباحة حكم ثابت عليه في نفسه ولا يرى مانعاً من ارتفاعه بتعلّق الشرط بتركه أو بتعلّق الحلف وغيرهما ، ومن هنا لا ترى تعارضاً بين دليل إباحة أكل الرمّان أو استحبابه وبين أدلّة حرمة الغصب وتحريم التصرف في مال الغير ، ولا يمكن أن يقال في مثله إنّهما متعارضان بالعموم من وجه ويتعارضان في أكل رمّان الغير ويتساقطان فنرجع إلى عمومات الحل ، وذلك لأنّ العرف يفهم أنّ إباحة الرمّان حكم ثبت عليه في نفسه ولا يمنع عن ارتفاعه بطروّ عنوان ثانوي عليه كالغصب ونحوه .

وثانيهما : أنّ دليل وجوب الوفاء بالشرط قد ورد في مورد إباحة الشرط لولا الاشتراط ، لأنّ معنى قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »(٢) أو عند

---

(١) الوسائل ٢٠ : ٢١ / أبواب مقدّمات النكاح ب٢ ح٩ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح٤ .

عدته ونحوهما هو أنّ المؤمن الذي كان له أن يفعل وله أن يترك الفعل قبل هذا الاشتراط إذا اشترطه فلا ينفك عنه ولا يخالفه وهو عنده وملازم له ، بخلاف غير المؤمن لأنه كما كان مخيّراً بينهما قبل شرطه كذلك يرى نفسه مخيّراً بينهما بعد شرطه ولا يلتزم بشرطه ، فأدلّة الشروط واردة في مورد الإباحة فيتقدّم عليه ، هذا كلّه فيما إذا اشترط ترك المباح أو فعله .

وأُخرى يشترط فعل الحرام أو ترك الواجب وهذا لا إشكال في كونه مخالفاً للكتاب ، فهل يحكم ببطلانه أو يقال بتعارض دليل حرمة الشيء ودليل وجوب الوفاء بالشرط والنسبة بينهما عموم من وجه ويتعارضان في مورد الاجتماع ويتساقطان فنرجع إلى الأُصول العملية كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن بعض مشايخه وذهب إليه بعض المتأخرين ، لأنّ جميع المحرّمات ليس نظير قتل النفس ممّا علم بعدم انقلابه إلى الحلّية بالشرط ولا بغيره ، إذ لا يحتمل جواز قتل النفس فيما إذا وقع مورداً للاشتراط .

والصحيح هو الأول وأنّ دليل حرمة الشيء يتقدّم على وجوب الوفاء بالشرط فيبقى الشيء على حرمته ولا ينفذ فيه الاشتراط ، وذلك لوجهين :

أحدهما : ما أشرنا إليه من أنّ مورد دليل وجوب الوفاء بالشرط هو المباح وأنّ ما كان المؤمن قبل شرطه مخيّراً فيه بين الفعل والترك يكون ملزماً بتركه إذا شرطه أو بفعله إذا اشترط فعله ، وأنّ كونه عنده مع كونه مخيّراً في تركه قبل شرطه من صفات المؤمن ، ومن الظاهر أنّ المؤمن لا يكون مخيّراً بين الفعل والترك في المحرّمات قبل شرطه ، كما أنّ الاتيان بالمحرّم لو شرطه ليس من صفات المؤمن فكيف يقال حينئذ إنّ الالتزام به من صفاته ، إذ لا يصح أن يقال المؤمن إذا شرط فعلاً

---

(١) المكاسب ٦ : ٣٢ .

محرّماً يفي ، فإنه ممّا لا يقتضيه الإيمان بل غير المؤمن في ذلك أولى من المؤمن ، فمن ذلك يظهر أنّ مورد الوفاء بالشرط هو المباح الذي يكون المؤمن فيه مختاراً قبل شرطه ويكون ملزماً على إتيانه أو تركه بعد شرطه بخلاف غير المؤمن لأنه لا يفرق فيه الاشتراط وعدمه.

وثانيهما : أنّ أدلّة وجوب الوفاء بالشرط مذيّلة باستثناء مخالف الكتاب ومصرّحة بأنّ المخالف غير نافذ ، ومن الظاهر أنّ المراد بالمخالف هو ما يكون مخالفاً للكتاب في مرتبة سابقة على الاشتراط أي ما عدّ مخالفاً لولا الاشتراط لأنه موضوع للحكم بعدم جواز الشرط فيه ، لا المخالف بنفس الاشتراط ، والمحرّم مخالف للكتاب قبل الاشتراط فلا ينفذ فيه الاشتراط ، فتكون تلك الأدلّة متقدّمة على أدلّة حرمة وجوب الوفاء بالشرط أي يكون حاكماً لأنه يثبت أنه مخالف للكتاب فيذهب به موضوع وجوب الوفاء بالشرط تعبّداً ، أو يكون وارداً فيما إذا كان دليل الحرمة قطعي السند ، فيحكم بعدم نفوذ الشرط في اشتراط فعل الحرام ، اللهمّ إلّا في المحرّمات التي نعلم بزوال حرمتها بالشرط بل بدونه أيضاً كما في العزل عن الزوجة الدائمة لأنّه غير جائز إلّا بالشرط أو برضا الزوجة الدائمة ، فعدم نفوذ الشرط في فعل الحرام أمر قابل للاستثناء ، فلو ورد مثلاً أنّ الكذب يجوز لو اشترط فعله في عقد التزمنا بجوازه لا محالة كما ورد في النذر حيث إنه يرخّص في فعل الحرام كالصوم في السفر والإحرام قبل الميقات.

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ احتمال تخصيص عدم نفوذ الشرط المخالف ضعيف ، فهو ناظر إلى دعوى صحة الشرط المخالف وتخصيص أدلّة بطلان المخالف مع انحفاظ مخالفته للكتاب بعد الاشتراط بأن يقال إنّ هذا الأمر المخالف للكتاب مع فرض مخالفته نافذ فإنه كما عرفته يرجع إلى المناقضة ، وأمّا بلحاظ دليل الاشتراط الذي فرضنا ورود الدليل على كونه نافذاً في مورد مع كون

متعلّقه في نفسه مخالفاً للكتاب فلا مانع من الالتزام بصحته ونفوذه ، وبهذا اللحاظ أي لحاظ تعلّق الشرط به يخرج عن كونه مخالفاً ، إذ المفروض أنّ الدليل دلّ على صحته عند تعلّق الشرط به كما في النذر وهذا ظاهر .

والمتحصّل إلى هنا : أنّ الشرط إذا تعلّق بترك واجب أو بفعل حرام فهو من الشرط المخالف للكتاب فلا ينفذ ، وقد عرفت أنّ المراد بالمخالف ما يكون كذلك قبل أن يقع عليه الشرط ، لأنّ المخالف موضوع للشرط الباطل فلابدّ من أن يكون كذلك في نفسه مع قطع النظر عن تعلّق الشرط به ، وعليه فلا يفرّق في الحكم بالبطلان بين ما إذا كان لدليل حرمة الشيء إطلاق يشمل صورة تعلّق الشرط به أيضاً أم لم يكن له إطلاق يشمل الصورة المذكورة كما إذا ثبت حرمته بدليل لبّي أو لفظي ليس في مقام البيان ، فإنّ المفروض أنه متّصف بالمخالفة مع الكتاب في نفسه مع قطع النظر عن كونه واقعاً في مورد الشرط ، وقد عرفت أنّ موضوع الحكم بالبطلان هو ما اتّصف بالمخالفة في نفسه فيكون اشتراطه في ضمن العقد باطلاً لا محالة ، هذا كلّه فيما إذا اشترط فعل حرام أو ترك واجب .

وثالثة يتعلّق الشرط على اعتبار من الاعتبارات كاشتراط كون شيء ملكاً لأحد أو كون غير الوارث وارثاً أو كون الحر عبداً أو كون المرأة مطلّقة ، وتفصيل الكلام في هذا القسم من الاشتراط بعد وضوح أنّ المعلّق عليه وهو اعتبار المشروط عليه حاصل فالمعاملة متحقّقة ، هو أنّ الاعتبار الذي اشترط في العقد تارةً يكون تحت يد المشروط عليه واختياره بحيث له هذا الاعتبار ابتداءً أيضاً وإن لم يقع في ضمن المعاملة ، وهذا كما في الوصية فإنه يتمكّن من أن يملّك ثلث ماله لزيد بعد وفاته ، واعتبار كون الثلث ملكاً لآخر تحت اختياره ، وكذا التمليك لأنه أيضاً مقدور له والشارع أعطى اختياره بيد نفس المكلّف ، وفي هذه الصورة لا مانع من صحة اشتراطه في ضمن العقد وبقوله يتحقّق الاعتبار المشروط لا محالة ، فله أن

يشترط اعتبار ثلثه ملكاً لأحد في المعاملة وبقبول ذلك يتحقّق الوصية ، ومن هذا القبيل أيضاً الوكالة في أمر ولو في طلاق امرأة وهذا ظاهر .

وأُخرى لا يكون اختيار ذلك الاعتبار تحت قدرة المكلّف لأنه غير نافذ شرعاً نظير اشتراط كون الحرّ عبداً ، لأنّ اعتبار العبدية في الأحرار غير نافذ في الشرع ، أو من جهة توقّفه على مبرز خاص ولا ينفذ بدونه كما في النكاح والطلاق ونحوهما لأنّهما مشروطان بسبب ومبرز خاص كقوله أنت طالق أو فلانة طالق لأنه لا يقع بغيرها كالجملة الفعلية ونحوها كطلّقت فلانة ، وفي مثل ذلك يكون اشتراط الاعتبار اشتراط أمر مخالف للشرع فلا يقع صحيحاً ، لأنّ المفروض أنّ الاعتبار المفروض غير نافذ شرعاً فكيف يقع صحيحاً عند تعلّق الاشتراط به .

نعم لو لم يعتبر فيه مبرز خاص لما كان في صحة اشتراطه إشكال ، مثلاً إذا لم نعتبر في النكاح صيغة خاصّة فلا مانع من اشتراط اعتبار كون المرأة زوجة لأحد أو كون الرجل زوجاً لامرأة وهذا ظاهر . وبالجملة المناط في اشتراط الاعتبار هو كون الاعتبار ممّا اختياره بيد المكلّف أو أنه خارج عن اختياره .

نعم ، هذا القسم أيضاً قابل للتخصيص والاستثناء كما إذا ورد منع عن اشتراط الوصية في ضمن عقد أو ورد صحة اشتراط اعتبار النكاح في ضمن العقود فإنه لا محيص من الالتزام بمفاد الدليل وبه يخرج عن كونه مخالفاً للشرع .

ورابعة يتعلّق الشرط على حكم شرعي وضعي أو تكليفي كما إذا اشترط كون غير الوارث وارثاً في حكم الشرع لا في اعتبار المشروط عليه كما في القسم الثالث أو كون شرب الخمر حلالاً في حكم الله تعالى ، وقد ذكرنا سابقاً أنّ هذا يرجع إلى اشتراط فعل الغير وهو الشارع ولا معنى فيه للالتزام لأنه خارج عن قدرة الملتزم والمشروط عليه .

إلّا أنه لا مانع من الالتزام بالخيار في هذه الصورة لما مرّ من أنه يرجع إلى

تعليق الالتزام بالمعاملة على تحقّق فعل الغير في الخارج ، ولازمه ثبوت الخيار للمشروط له لعدم تحقّق شرطه ، وليس اشتراط الخيار مشروطاً بفعل الشارع مخالفاً للشرع والكتاب فله أن يشترط لنفسه الخيار معلّقاً على أمر محرّم كشربه الخمر أو على ترك واجب كترك الصلاة أو مشروطاً بترك حرام كأن يقول بعتك بشرط أن يكون لي الخيار إن لم تشرب الخمر ، فإن جعل الخيار ولو على تقدير محرّم لا يكون مخالفاً للكتاب بوجه ، فإذا اشترطا حكماً من أحكام الشارع ولم يكونا عالمين به فيرجعان إلى الحاكم فإذا ظهر أنه مخالف لحكم الشارع وأنه لم يحكم بما اشترطاه فيثبت للمشروط له الخيار لا محالة ، هذا تمام الكلام في تميّز الشروط الصحيحة عن الشروط المخالفة للكتاب فيما إذا علمت المخالفة أو عدمها .

وأمّا إذا شك في أنّ شرطاً مخالف للكتاب أو أنه غير مخالف له فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ المرجع حينئذ أصالة عدم المخالفة ، وربما أرجع الأصل إلى أصالة عدم كون الحكم ثابتاً في متعلّق الشرط على وجه لا يرتفع بالاشتراط .

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) بأنّ أصالة عدم المخالفة في المقام من قبيل العدم المحمولي ، والذي يترتّب عليه الأثر هو العدم النعتي ، وإثبات النعتي باستصحاب العدم المحمولي غير صحيح ، وذلك لأنّ المخالفة بين الشرط والكتاب وإن لم تتحقّق قبل الشريعة المقدّسة بل بعدها أيضاً بمدّة ، إلّا أنه من جهة عدم الحكم الشرعي حتى يخالفه الشرط أو لا يخالفه ، فاستصحاب عدمها من استصحاب العدم المحمولي والأثر مترتّب على عدم مخالفة هذا الشرط للحكم الشرعي ولم يتحقّق عدم المخالفة بينهما في زمان لنستصحبه ونرتّب عليه الآثار لأنه عدم نعتي ، وقد فصّل

---

(١) المكاسب ٦ : ٣١ .

(٢) منية الطالب ٣ : ١٩٩ فما بعدها .

(قدّس سرّه) الكلام في ذلك في الأُصول[1] وفصّلناه أيضاً ، ونحن وإن أثبتنا في محلّه[2] جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية لأنّ ما يترتّب عليه الأثر هو عدم الاتّصاف وهو ممّا يمكن إحرازه بالأصل ، وعليه فلا مانع من استصحاب عدم المخالفة في المقام ، إلّا أنّا نتكلّم في تطبيقه على المقام وأنه هل يكون الشك في المخالفة وعدمها فيما نحن فيه مورداً لاستصحاب عدم المخالفة أو لا لوجود أصل آخر لا يبقى معه مجال لاستصحاب عدم المخالفة ؟

والصحيح هو الثاني ، وذلك لأنّ الشك في مخالفة الشرط للكتاب تارةً من جهة بقاء حكم الشيء وارتفاعه في نفسه ، وأُخرى من جهة أنّ الشرط هل يغيّر الحكم الثابت على الشيء أو لا يتغيّر به الحكم. أمّا إذا شككنا من جهة بقاء الحكم في نفسه فاستصحاب حرمة الشيء أو إباحته يثبتان حرمة الشيء أو إباحته ، وعلى الأول نعلم أنّ الشرط مخالف للكتاب كما أنه على الثاني نعلم أنه غير مخالف له ، ولا يبقى معه شك في المخالفة وعدمها حتى نجري أصالة عدم المخالفة ، كما أنه إذا كان هناك دليل اجتهادي على الحكم الشرعي لا يبقى معه شك في المخالفة وعدمها .

كما أنه إذا شككنا في أنّ الشارع هل أمضى الاعتبار الذي وقع مورداً للاشتراط أو لم يمض الاعتبار المذكور ، فإن كان هناك دليل اجتهادي يقتضي الامضاء أو عدمه فيرتفع معه الشك في المخالفة وعدمها ، وأمّا إذا لم يكن في البين دليل اجتهادي فاستصحاب عدم ترتّب الأثر على الاعتبار المذكور يقتضي فساد الاعتبار ويكون شرطه مخالفاً للكتاب ، ومعه لا تصل النوبة إلى أصالة عدم المخالفة وهو المعبّر عنه في المعاملات بأصالة الفساد ، بمعنى أنّا إذا شككنا في نفوذ معاملة

---

(١) أجود التقريرات ٢ : ٣٢٨ فما بعدها .

(٢) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦) : ٣٦٠ فما بعدها .

واعتبارها نبني على عدم نفوذها كما أنه إذا شك في أنّ اشتراط مثل شرب التتن مخالف أو غير مخالف لأنه لا يعلم حكم شرب التتن فيُبنى على عدم حرمة الشرب للأصل وبه يحرز أنّ اشتراطه غير مخالف ، ولا يبقى مورد حتى يرجع فيه إلى أصالة عدم المخالفة .

والمتحصّل : أنّا إن شككنا في صحة اعتبار معاملة وفسادها أي في حرمتها وضعاً فالأصل الموضوعي فيها يقتضي الفساد وعدم ترتّب الأثر عليها ، وإن كان الشك راجعاً إلى حرمته تكليفاً فالأُصول العملية تنقّح الموضوع والموافق لها غير مخالف للكتاب كما أنّ مخالفها مخالف للكتاب ، ولكن الظاهر أنّ مراده (قدّس سرّه) ليس هذه الصورة .

وأمّا إذا شككنا في المخالفة وعدمها من جهة الشك في أنّ الشرط هل يغيّر حكم الشيء ويرفعه أو لا كما هو ظاهر كلامه (قدّس سرّه) فهذا الشك لا يتحقّق على ما سلكناه ، حيث قلنا إنّ المراد بالمخالفة هو المخالفة قبل الاشتراط لأنها موضوع للحكم بالفساد ، وحينئذ إذا كان الشيء في نفسه محكوماً بالحرمة قبل الاشتراط فلا محالة يكون شرطه مخالفاً للكتاب كما أنه إذا كان محكوماً بالحلّية في نفسه لا يكون اشتراطه متّصفاً بالمخالفة وهذا ظاهر ، فعلى هذا المسلك لا يتحقّق شك في أنّ الشرط هل يغيّر الحكم أو لا ، فإنّ الشرط لا يغيّر الحكم واتّصافه بالمخالفة تابع لكون الشيء قبل اشتراطه متّصفاً بالمخالفة وهذا ظاهر ، ويكون نفس دليل المنع عن الوفاء بالشرط المخالف متعهّداً ومتكفّلاً لبيان أنّ الشرط باقٍ على حرمته وأنه لم ينقلب إلى غير الحرمة .

والمتحصّل : أنّا لا نكاد نشك في مخالفة شرط للكتاب ولا تصل النوبة إلى أصالة عدم المخالفة ، لأنّ الأُصول تنقّح موضوعها وتعيّن المخالف عن غيره ، فإنّ موافقها غير مخالف للكتاب ومخالفها مخالف للكتاب ، وإن كانت أصالة عدم المخالفة

جارية على مسكلنا في نفسها .

بقي الكلام في بعض الفروع التي ذكرها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] حيث وقع الاشتراط فيها مورداً للكلام :

منها : ما إذا زوّج أمته من حرّ واشترط في ضمنه رقّية ولدها ، أو حلّل أمته من حرّ واشترط في ضمنه رقّية ولدها ، فهل هذا الاشتراط موافق للكتاب من جهة أنّ ما دلّ من الأخبار[٢] على تبعية الولد لحرّية أحد والديه وأشرفهما مقتضياً للحرّية في طبعها ونفسها بحيث لا يمنع عن عدم الحرية عند الاشتراط ، أو أنه مخالف للكتاب من جهة أنّ حرية الولد فيما إذا كان أحد أبويه بحسب الأخبار علّة تامّة للحرية لا ترتفع بالاشتراط ، ذكر الوجهين شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولم يرجّح أحدهما على الآخر .

أقول : قد دلّت الأخبار الواردة في المقام على أنّ الولد يتبع حرية أحد أبويه ، وعليه فيكون اشتراط الرقّية في الولد مخالفاً للكتاب ، لما مرّ من أنّ المراد بالمخالفة ما يكون مخالفاً للكتاب لولا الشرط لا معه ، فمقتضى القاعدة بطلان هذا الاشتراط ، ومن هنا لا نعلم أحداً يفتي بصحة هذا الاشتراط في ضمن عقد آخر كما إذا كان زوجة أحد المتبايعين رقّاً واشترط الآخر عليه رقّية ولده منها .

إلّا أنه ورد في المقام أخبار[٣] دلّت على صحة هذا الاشتراط في عقد الزواج أو التحليل ، وبها خرجنا عمّا تقتضيه القاعدة لأنها خصّصت الأخبار الدالّة على حرّية الولد فيما إذا كان أحد أبويه حرّاً ، فالالتزام بصحة الشرط في المقام من جهة

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٩ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١٢١ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٣٠ ح ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ وغيرها .

(٣) لمزيد الاطّلاع راجع شرح العروة ٣٣ : ٧٠ .

الأدلّة الخاصّة لا من جهة شمول أدلّة الشروط لهذا الشرط المخالف للكتاب حتّى يقال إنّ اشتراط الرقّية إن كان يرفع حرّية الولد ولا يكون على خلاف الكتاب فلماذا خصّ جوازه بعقد الزواج أو التحليل ، وإن لم يرفع الاشتراط حرّيته وكان مخالفاً للكتاب ، ففي جميع الموارد لابدّ من أن نلتزم به ولماذا ذهبوا في المقام إلى صحة الاشتراط ، وذلك لما عرفت من أنه باطل وخرجنا عنه في المقام من جهة دلالة الدليل .

نعم هذه الأخبار الدالّة على رقّية الولد عند الاشتراط معارضة بروايات أُخر(١) تقتضي عدم رقّيته عند الاشتراط أيضاً ، فمن رجّح الأُولى ذهب إلى جواز الشرط ، ومن ذهب إلى رجحان الثانية بنى على بطلان هذا الاشتراط .

ومنها : اشتراط إرث المتمتّع بها في ضمن عقد المتعة ، فهل هذا أيضاً موافق للكتاب أو أنه مخالف له فيبطل ؟

المعروف بينهم صحة هذا الاشتراط في خصوص الزوج أو الزوجة في ضمن عقد التمتّع فقط ، وأمّا اشتراط الإرث لغيرهما كابنهما في ضمن العقد المذكور أو اشتراطه للزوجين في غير العقد المذكور كاشتراطه في ضمن عقد البيع فلا إشكال في بطلانه عندهم ، ومن هنا وقع الكلام في أنّ اشتراط الارث إن كان موافقاً للكتاب ورافعاً لعدم التوارث فليكن الحال كذلك في اشتراطه لغيرهما في ضمن عقد الزواج أو لهما في ضمن عقد آخر ، كما أنّ اشتراطه إذا كان على خلاف الكتاب وغير رافع لعدم التوارث فلماذا أفتوا بالجواز في اشتراطه لهما في عقد الزواج ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الارث على ما دلّت عليه الأخبار مختصّ بأشخاص معدودة معيّنة ليس منها الزوجان في عقد التمتّع ، وعليه فاشتراط إرثهما يكون على

---

(١) الوسائل ٢١ : ١٢١ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٣٠ ، ٣٧ .

خلاف الكتاب ، لما مرّ من أنّ المراد بالمخالفة هو المخالفة لولا الاشتراط ، واشتراط الارث في المقام من قبيل اشتراط الاعتبار الذي هو أحد أقسام الشرط كما تقدّم كما أنّ اشتراط الرقّية أيضاً في الفرع المتقدّم من قبيل شرط الاعتبار ، وقد ذكرنا هناك أنّ اشتراط اعتبار من الاعتبارات إنما يصح فيما إذا كان الاعتبار في نفسه قابلاً لامضاء الشارع ، وأمّا ما لا يكون ممضى في نفسه فبالاشتراط لا يكون سائغاً واعتبار غير الأشخاص المعيّنة وارثاً ممّا لم يمضه الشارع فاشتراطه باطل ومخالف للكتاب .

نعم ، قد ورد الأخبار(١) في صحة هذا الاعتبار في خصوص المتمتّعين إذا اشترط في خصوص عقد التمتّع ، حيث ورد أنه زواج إرث وزواج غير إرث ، وبها نخرج عن مقتضى القاعدة في خصوص اشتراط الارث لهما في خصوص عقد الزواج ، لا من جهة أدلّة الشروط ليشكل بالموارد المتقدّمة ، ولولا تلك الأخبار منعنا عن صحة اشتراط الارث مطلقاً حتى لهما في عقد الزواج ، وهذه الأخبار تكون مخصّصة لما دلّ على عدم الارث لغير الأشخاص المعينين .

نعم وردت هناك روايتان(٢) على ما نقله السيد في حاشيته(٣) قد دلّتا على عدم التوارث بينهما مطلقاً سواء اشترطا أم لم يشترطا، إحداهما مرسل الكافي(٤) حيث قال : روي أنه لا إرث بينهما سواء اشترطا أم لم يشترطا . وثانيهما : ما أسنده إلى البرقي حيث روي فيها عدم التوارث بينهما مع الاشتراط وعدمه ، وعليه تكون

(١) الوسائل ٢٦ : ٢٣٠ / أبواب ميراث الأزواج ب١٧ ح١ ، ٢ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٦٧ / أبواب المتعة ب٣٢ ح٤ ، ٧ .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١١٠ مبحث الشروط .

(٤) الكافي ٥ : ٤٦٥ / ٢ .

الأخبار الدالّة على الارث مع الاشتراط معارضة لها .

والظاهر أنّهما ليستا روايتين ، بل ما أرسله الكافي هو عين الرواية الثانية ، لأنه قال وروي وهو صادق على الرواية الثانية لأنها أيضاً رويت .

ثم على تقدير كونها رواية أُخرى لا يمكن الاعتماد عليها لارسالها .

وأمّا الرواية الثانية فالظاهر أنّ سندها ضعيف لاشتماله على حسن بن موسى ولم يثبت وثاقته عندهم ، ويحتمل أن يكون حسين بن موسى على ما يظهر من المميّزات ، وكيف كان هما واحد وقد عنونه المامقاني (قدّس الله نفسه)[1] بحسن بن موسى ثم عقّبه بحسين بن موسى ، وبالجملة لم يثبت وثاقته ، نعم الظاهر أنه إمامي وعليه فلا يمكن الاعتماد عليهما ، هذا أوّلاً .

وثانياً : لو أغمضنا عن سندها وبنينا على اعتبارها فهي لا تكون معارضة للأخبار الكثيرة الدالّة على الارث مع الاشتراط لأنها كثيرة ومعروفة حتى أنّ السيد بنفسه أفتى في عروته[2] بصحة الاشتراط والتوارث به وإن ذكر في حاشيته[3] عدم صحة الشرط المذكور ، هذا كلّه .

على أنّهما لو تعارضا فالترجيح مع الأخبار المجوّزة وذلك لموافقتها للكتاب حيث إنه دلّ على إرث الزوجة من زوجها وبالعكس بالتفصيل في مقداره بين ما إذا لم يكن لها ولد أو كان والمتمتع بها أيضاً زوجة ، ومن هنا ربما يستدلّ على ثبوت بعض أحكام الزوجة الدائمة في المتمتع بها بأنها أيضاً ممّن تصدق عليه الزوجة وإنما خرجنا عمّا يدلّ عليه الكتاب فيما إذا لم يشترطا التوارث في التمتّع ، فما دلّ على ثبوت

---

(١) منهج المقال ١ : ١٠٨ و١١٧ .

(٢) [لم نعثر عليه] .

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١١٠ مبحث الشروط .

الارث مع الاشتراط موافق للكتاب فيقدّم على الرواية النافية .

استدراك : قد ذكرنا أنّ مقتضى القاعدة بطلان اشتراط التوارث مطلقاً لأنه على خلاف الكتاب في نفسه مع قطع النظر عن الاشتراط ، وإنّما خرجنا عنها من جهة ما ورد في إرث الزوج والزوجة في عقد التمتّع عند الاشتراط ، ومن هنا خصّصناه باشتراط إرثهما في خصوص العقد المذكور وذكرنا أنّ هذه الطائفة المجوّزة لاشتراط الارث والمصرّحة بأنه على قسمين تزويج إرث وتزويج غير إرث مخصّصة للعمومات الواردة في أنّ التمتّع لا يوجب الإرث ، بل جعل عدم التوارث من حدود التمتّع ومن مقوّماته لأنها عام فيخصّص بما دلّ على التوارث مع الاشتراط ، وقلنا إنّ هذه الطائفة المجوّزة معارضة بروايتين أرجعنا إحداهما إلى الأُخرى المسند وقلنا إنّهما رواية واحدة ثمّ ذكرنا أنّها ضعيفة السند فلا تعارض الطائفة المجوّزة للاشتراط ، وكل ذلك كما ذكرناه .

إلّا أنّا أضفنا إليه أنّا لو أغضينا عن ضعف سند الرواية وبنينا على معارضتها للطائفة المجوّزة فالترجيح مع المجوّزة لأنها موافقة للكتاب .

إلّا أنّ الصحيح خلاف ذلك لأنّ المرجّح لا ينحصر بموافقة الكتاب فإنّ الرواية أيضاً موافقة للسنّة أعني الطائفة الدالّة على أنّ من حدود التمتّع عدم التوارث ، فإذا تعارضتا فتسقطان ونرجع إلى عموم الفوق وهو الطائفة المذكورة أعني ما دلّ على عدم التوارث في عقد التمتّع بعمومه ، فالنتيجة حينئذ عكس ما ذكرناه وهو عدم جواز الاشتراط لأنه على خلاف الحكم الشرعي في التمتّع .

ومنها : اشتراط الضمان في الاجارة حيث إنه وقع مورد الكلام ، واتّفقوا على جوازه في العارية ، وعليه فيشكل في أنّ اشتراط الضمان هل هو موافق للكتاب وأنه يرفع عدم ضمان المحسن والأمين فلماذا منعوا عنه في الاجارة ، وإن كان الاشتراط المذكور على خلاف الكتاب ولم يرفع عدم ضمان الأمين فكيف اتّفقوا على صحته في

العارية .

ولا يخفى أنّ الضمان في الأعيان الخارجية منحصر في الشريعة المقدّسة في موردين : أحدهما موارد وضع اليد على مال الغير واستيلائه عليه . وثانيهما موارد إتلاف مال الغير ، وقد ثبت الضمان في هذين الموردين حسب سيرة العقلاء وبنائهم ودلالة الأخبار عليه ، وأمّا ثبوته في غير هذين الموردين فهو ممّا لم يدلّ على إمضائه دليل ، وعليه فاشتراط الضمان في العارية والاجارة وغيرهما على خلاف الكتاب لأنّ الاستيلاء فيهما غير مضمّن بحسب الأخبار لأنّ الأمين والمحسن لا يضمن **﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾**(١) فلا يصح اشتراط ضمان العين على تقدير تلفها في شيء من العقود ، فاشتراط الضمان أعني اعتباره غير نافذ .

نعم قد وردت روايات(٢) في العارية دلّت على ثبوت الضمان مع الاشتراط بل قد ورد(٣) الضمان في مثل الذهب والفضة وإن لم يشترط ، وبهذه الأخبار نبني على صحة الاشتراط في العارية دون الاجارة ، وهذه الأخبار الدالّة على صحة اشتراط الضمان مخصّصة لما دلّ على عدم الضمان في موارد الأمانة والاحسان ، وأمّا الاجارة فاشتراطه فيها مخالف للكتاب كما مرّ .

بقي في المقام أمر قد اشتبه على جملة من الأعلام وغيرهم ، وهو أنّ ما منعناه في الاجارة أو غيرها من العقود إنّما هو اشتراط الضمان الذي هو حكم واعتبار شرعي ، وأمّا إذا اشترط في الاجارة أو غيرها دفع مثل المال أو قيمته على تقدير تلفه فهو ممّا لا مانع عنه لأنه من شرط الفعل لا الحكم والاعتبار ، بمعنى أنه إذا

---

(١) التوبة ٩ : ٩١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٩١ / كتاب العارية ب١ ح١ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٩٦ / كتاب العارية ب٣ .

اشترط الضمان مثلاً فلازمه استقرار الضمان في ذمّة المشروط عليه بحيث لو مات أُخرج من تركته ، فلو تلفت العين حينئذ يجب عليه دفع مثلها أو قيمتها لأجل الضمان ، وأمّا إذا لم يشترط ضمان المشروط عليه بشيء حتى يشتغل ذمّته وإنّما شرط عليه فعلاً وهو دفع مثل المال أو قيمته على تقدير تلفه ففي مثله لا حكم شرعي في البين ولا اشتغال ذمّة بحيث لو مات أُخرج من تركته ، بل هو مجرد إلزام شرعي بالفعل أي بدفع المثل أو القيمة أو بدفع مبلغ معيّن ولو كان أكثر من قيمة العين أو أقل فإنه شرط نافذ ، لأنّ هذا الفعل عمل سائغ في نفسه مع قطع النظر عن الاشتراط لأنّ المستأجر أو غيره لو دفع قيمة المال التالف إلى مالكه لما كان فيه محذور ومنع ولو بلا اشتراط ، فاشتراطه صحيح ولا ربط له بضمان المال ، وبهذا صحّحنا عقد التأمين المعبّر عنه في الفارسية بـ« بيمه » .

ومن جملة الفروع التي تعرّض لها شيخنا الأنصاري[1] وذكر أنّ الاشتراط فيها على خلاف الكتاب : اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر ، فإنه ممّا وقع فيه الخلاف في أنه على خلاف الكتاب حيث إنّ إطاعة الزوج واجبة على زوجته واختيار مسكنها بيده يسكنها أين ما شاء فلا يكون هذا الشرط نافذاً ، أو أنه غير مخالف للكتاب ؟

والظاهر أنّ هذا الاشتراط من قبيل شرط الفعل أعني الاسكان في بلد أو مكان ولا مانع من صحته ، لأنّ هذا الفعل أعني الاسكان في بلد أو مكان كان أمراً مباحاً سائغاً للزوج في الشريعة المقدّسة ، فيكون اشتراطه نافذاً لأنه غير مخالف للكتاب ، وقد عرفت أنّ الضابط في جواز الشرط وعدمه هو مخالفة مورد الشرط للكتاب وعدمها في نفسه قبل الاشتراط ، وهذا العمل قبل الاشتراط سائغ فشرطه

---

(١) المكاسب ٦ : ٣٠ .

صحيح .

ثم إنه إذا اشترط عدم إخراجها عن مكان معيّن كبلدها مثلاً ولكن الزوج خالف هذا الوجوب وأراد إخراجها إلى بلد آخر فهل تجب على الزوجة إطاعته في ذلك أو لا يجب ؟

ربما يقال بوجوب إطاعتها ، لأنّ اختيارها بيده فيحرم عليها مخالفة زوجها . والصحيح أنه لا يجب عليها إطاعته في ذلك ، لأنّ إطاعته إنما تجب فيما له لا فيما ليس له ، وقد فرضنا أنّ إخراجها عن بلدها مثلاً ليس له حسب الاشتراط وبحسب وجوب الوفاء بالشروط فكيف تجب إطاعته فيما ليس له ، نعم جواز المخالفة في ذلك لا ربط له بجوازها من سائر الجهات كما لا يخفى .

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري عدّ من هذه الفروع فروعاً غير ما تقدّم آنفاً :

منها : اشتراط عدم البيع في المعاملة ، لأنّ المشهور عدم صحته وخالفهم العلاّمة (قدّس سرّه)[1] في ذلك وبنى على صحته .

ومنها : اشتراط عدم الخسران في عقد الشركة بأن يشتركا في الربح دون الخسران بل يحسب الخسران على غيره ، فإنه وقع مورداً للإشكال في غير ما ورد فيه صحيحة على جوازه وهو شراء الجارية حيث ورد فيه صحيحة رفاعة[2] ودلّت على أنه لا بأس باشتراط عدم الخسران في شرائها على نحو الاشتراك .

ومنها : غير هذه الفروع ممّا تعرّض له في الشرط الخامس بل قد عدّ منها بعض الفروع التي تقدّم ذكرها كاشتراط عدم التوارث في عقد التمتّع واشتراط الضمان في الاجارة مع أنه قد تعرّض لها في المقام ، وهذا يكشف عن عدم تنقيح

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٤٧ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٧ / كتاب الشركة ب١ ح٨ .

الفرق بين الشروط المخالفة للكتاب والشروط المخالفة لما يقتضيه نفس العقد ، ومن هنا ترى أنهم يذكرون بعض الفروع في كلا المقامين ويرونه مخالفاً للكتاب ولمقتضى العقد ، وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لم ينقّح المسألتين وخلط بعض الفروع المخالفة للكتاب لبعض الفروع المخالفة لمقتضى العقد .

الشرط الخامس

فلابدّ من صرف عنان الكلام إلى تنقيح الفرق بينهما وبيان الضابط للمخالفتين ليتّضح حال الفروع المتقدّمة وينقّح بذلك الشرط الخامس إن شاء الله تعالى فنقول : إنّ ما يعدّ شرطاً في ضمن العقود لا يخلو إمّا أن يرجع إلى تقييد في المنشأ أو في أحد العوضين بحسب ظاهره (أي بلا تأويله وارجاعه) وإمّا أن لا يرجع إلى تقييد في ناحية الأمرين المذكورين وتضيّقهما ابتداء وإن رجع إليه بالأخرة ، بل كان راجعاً إلى أمر آخر .

فأمّا ما يرجع إلى تضيّق في دائرة المنشأ فهو نظير شرط الخيار أو اشتراط عدم الغبن أو اشتراط التسليم في بلد المعاملة بناءً على ما ذكرناه سابقاً من أنّ جعل الخيار في معاملة مرجعه إلى تضيّق دائرة المنشأ أعني الملكية ، بمعنى أنّ الملكية التي أنشأها البائع مثلاً ليست ملكية مطلقة بل هي ملكية موقّتة بوقت الفسخ . وكذا اشتراط عدم الغبن وغيره ممّا يقتضيه إطلاق العقد ، لأنّ معناه أنه أنشأ الملكية المقيّدة بعدم الغبن لا مطلق الملكية . وكذا شرط التسليم في بلد المعاملة لأنه إذا باع شيئاً في بلد والمشتري أراد تسليم ثمنه في غير هذا البلد فإنّ للبائع أن لا يقبله فيفسخ العقد ، ومعناه أنّ الملكية المنشأة موقّتة ومضيّقة لا أنّها مطلقة ، وهذا مبني على ما ذكرناه في معنى جعل الخيار وهو ظاهر .

وأمّا ما يرجع إلى تضيّق أحد العوضين فهو كاشتراط كون الحنطة من

المزرعة الفلانية ، فإنّ معناه أنّ ما أنشأ تمليكه هو حصة خاصة من الحنطة لا مطلقاً حتى لو أراد البائع تسليم غيرها لا يقع صحيحاً لأنه أمر آخر مغاير للمبيع اللهمّ إلّا بمراضاة جديدة .

وبالجملة : أنّ كل شرط رجع إلى تضيّق الدائرة في المنشأ حتى مثل شرط الكتابة في العبد ، لأنّ معناه أنّ الملكية المنشأة مقيّدة بالكتابة لا مطلقاً ممّا لابدّ من العمل على طبقه ولا إشكال في صحته ، إلّا أنّ صحتها ووجوب العمل على طبقها غير محتاج إلى أدلّة وجوب الوفاء بالشروط فلو فرضنا أنه لم يكن في العالم دليل على وجوب الوفاء بالشروط مع ذلك يجب العمل على الشروط الراجعة إلى تضيّق الدائرة في طرف المنشأ أو العوضين ، وذلك لكفاية الأدلّة الدالّة على وجوب الوفاء بالعقود ، لأنّ إمضاء الشارع إنما يرد على طبق جعل المتعاقدين ، فإذا جعلا الملكية المطلقة فيمضي الشارع هذه الملكية المطلقة ، وإن كان المجعول والمنشأ خاصاً ومضيّقاً ، فلا محالة يمضي ذلك الخاص أو المقيّد .

إلّا فيما علمنا من الشرع عدم قبول المنشأ فيه للتوقيت والتضيّق كما في النكاح ، لأنه لا يقبل التضيّق أو التقيّد إلّا بالزمان وهو المعبّر عنه بالتمتّع ، أمّا تضييقه بغير الزمان فهو باطل وغير ممضى في الشريعة المقدّسة ، وفي غير ذلك يكون إمضاء الشارع على طبق جعل المتعاقدين إن مطلقاً فطلق وإن مضيّقاً فضيّق ، وهذا ظاهر .

وأمّا الشروط التي لا ترجع ابتداءً إلى تضيّق الدائرة في طرف المنشأ أو العوضين ، فهي إن رجع إلى ما يخالف المنشأ كاشتراط عدم التملّك في البيع بأن يقول بعتك بشرط أن لا تملكه أو زوّجتك بشرط أن لا أكون زوجتك أو آجرتك بشرط أن لا تكون المنفعة ملكك إلى غير ذلك ممّا هو على خلاف المنشأ في العقود ، فإنّ المنشأ في البيع هو التمليك وفي النكاح هو الزوجية وفي الاجارة ملكية المنفعة ، فلا محالة لا تكون نافذة وتقع باطلة ، وهذا من غير توقّف فيه على دليل لأنّ دليل

بطلانها معها ، وذلك لأنه من التناقض الظاهر والتناقض يستحيل تحقّقه ، فلا محالة يكون الاشتراط المذكور باطلاً ، وبطلان هذه الطائفة من الشروط التي تخالف مقتضى العقد لا يحتاج إلى دليل واستدلال وهذا ظاهر .

وربما يتخيّل أنّ من هذا القبيل ما إذا باع بشرط عدم الثمن بدعوى أنّ البيع يقتضي تبديل شيء بشيء فيكون اشتراط عدم الثمن منافياً لمقتضى العقد .

وفيه : أنّ هذا صحيح لو أُريد من البيع البيع الواقعي وأمّا لو جعل هذا الشرط قرينة على إرادة الهبة من البيع فلا يكون الاشتراط المذكور منافياً لمقتضى العقد الذي أوجده أعني الهبة ، نعم يبتني هذا على البحث المتقدّم في أنه يشترط في صحة العقد إنشاؤه بالألفاظ الموضوعة لذلك العقد أو تصح مطلقاً ولو مع إنشائها بالألفاظ المجازية ، فإنّ إرادة الهبة من البيع مجاز .

ومن هنا يظهر الفرق بين الشرط المخالف لمقتضى العقد والشرط المخالف للكتاب ، فإنّ الشرط في الثاني لا يكون من التناقض بل الالتزام بالمنشأ والشرط أمر ممكن إلّا أنه يخالف الأحكام المترتّبة على ذلك الشرط شرعاً ، لا أنه يخالف نفس المنشأ ليرجع إلى التناقض ، مثلاً اشتراط عدم تملّك المشتري في البيع يخالف نفس المنشأ في البيع فإنه عبارة عن اعتبار الملكية والتمليك ولا يجتمع مع اعتبار المشتري عدم كونه مالكاً ، ولذا قلنا إنه من التناقض ، إذ لا معنى لقوله إنّي أعتبرك مالكاً ولكنّك اعتبر عدم كونك مالكاً .

وأمّا اشتراط بيع المبيع من أحد أو عدم بيعه في المعاملة فهو ليس منافياً لما أُنشئ في البيع ، لأنّ المنشأ فيه كما عرفت هو الملكية (أي حدوثها) والسلطنة ، وأمّا بقاء الملكية وارتفاعها وبيعه من زيد وعدمه فكلّها خارجة عن المنشأ ولا اقتضاء له بالاضافة إليها ، أفهل معنى البيع عدم بيع المشتري من أحد أو بيعه منه كلّاً وحاشا وعليه فلا يكون اشتراط بيعه أو عدمه من الشرط المخالف لمقتضى العقد . نعم لو

فرضنا في مورد كان عدم بيعه واجباً واشترط عليه بيعه يكون هذا الاشتراط مخالفاً للكتاب دون مقتضى العقد.

وعليه فلا وجه لعدّ مثل اشتراط عدم البيع أو البيع مخالفاً لمقتضى العقد وظنّي بل وقطعي أنّ هذا كلّه ناشٍ عن عدم تنقيح المخالفة للعقد والكتاب ولذا ترى أنّهم يعدّون في مخالف العقد ما عدّوه في مخالف الكتاب مع أنّهما على ما بيّناه لا يجتمعان في مورد، لأنّ المناط في مخالف العقد ما يكون منافياً للمنشأ فيه ومناط المخالفة للكتاب ما يكون منافياً للأحكام الشرعية المرتّبة عليه لا أن يكون منافياً للمنشأ فكيف يجتمعان.

توضيح وتحقيق: قد عرفت أنّ الفروع المتقدّمة قد وقعت مورد الخلاف والإشكال بين الأصحاب ونظائرها كثيرة، وإنّما نشأ ذلك كلّه من جهة عدم التميّز بين مخالف الكتاب والسنّة وما يخالف مقتضى العقد، بل قد أوجب عدم التميّز بينهما ذكر بعض الفروع في عداد ما يخالف الشرع تارةً وفي عداد ما ينافي مقتضى العقد ثانياً، ولكنّك بما ذكرناه من الميزان تقدر على تمييز ما يخالف الكتاب عمّا ينافي مقتضى العقد.

ونزيدك توضيحاً لما حقّقناه في المقام: بأنّ لكل عقد مقتضيين ـ بالفتح ـ بلا واسطة ومع الواسطة، أمّا المقتضى الأول فهو ما ينشئه العاقد ويوجد بانشائه نظير الملكية في البيع والزوجية في النكاح ونحوهما من المنشآت المتحقّقة بنفس العقد وكل شرط يكون على خلاف هذا المقتضى الأول يعدّ من الشروط المنافية لمقتضى العقد كالبيع بشرط أن لا يملك المشتري والنكاح بشرط أن لا تكون المرأة زوجة ونحوهما كما تقدّم.

وأمّا المقتضى الثاني الذي يرتّب على العقد بواسطة المقتضى الأول فهو الأحكام الشرعية أعم من التكليفية والوضعية التي تترتّب على العقود بواسطة

المقتضى الأول نظير جواز النظر إلى المرأة في النكاح وجواز وطئها وغيره من الاستمتاعات الجائزة فإنها مترتّبة على الزوجية الحاصلة بالعقد، ونظير جواز البيع وجواز الأكل وغيرهما من الآثار في المبيع المترتّبة على الملكية الحاصلة بالبيع، أو وجوب الانفاق في الزواج وجواز الارث وغيرهما من الأحكام الشرعية التي تترتّب على المقتضى الأول للعقود.

فإذا كان شرط على خلاف تلك المقتضيات الثانوية فلابدّ من ملاحظة أنه يرجع إلى ترك مباح أو فعله فيحكم بجوازه أو إلى ترك واجب أو فعل حرام فيحكم ببطلانه لأنه على خلاف الكتاب، والمتحصّل أنّ مقتضى العقد أمران ولا ثالث لهما.

ومنه يظهر أنّ العقود لا تقتضي شيئاً من الأفعال الخارجية كالأكل والنظر والبيع وغيرها، لأنها إن اقتضت فإنما تقتضي جواز الأكل في البيع أو جواز النظر في النكاح لأنّها المقتضى الثاني للعقد، وأمّا نفس الأفعال فهي ممّا لا يقتضي العقد وجودها ولا عدمها، فلا تكون الأفعال مقتضى للعقود بوجه، لأنّ مقتضاها منحصر في الأمرين المتقدّمين أعني المقتضى الأول والمقتضى الثاني، والأفعال الخارجية ليست ممّا يقتضيه العقد بلا واسطة ولا ممّا يقتضيه معها.

وعليه فلا وجه لعدّ مثل اشتراط عدم البيع منافياً لمقتضى العقد[1] فإنّك عرفت أنّ العقد لا يقتضي بنفسه فعلاً من الأفعال وإنّما يقتضي الملكية فقط، فلو اقتضى العقد في المقام شيئاً فهو إنّما يقتضي جواز البيع الذي ذكرنا أنه من المقتضيات الثانوية للبيع لا نفسه أو عدمه، ثم إنه على هذا التقدير يكون اشتراطه على خلاف

---

(١) بل قد نقل سيدنا الأُستاذ رواية صرّحت بجواز هذا الاشتراط في بيع الجارية بشرط أن لا تباع ولا توهب وقال إنما الممنوع هو اشتراط عدم التوارث حكاه (دام ظلّه) في بيان أحكام الشرط الصحيح عند تقسيمه الشروط وتعرّضه لشرط النتيجة.

الاباحة الشرعية وهو ممّا لا ضير فيه ولا يكون منافياً لمقتضى العقد ، والعجب أنّهم صرّحوا بجواز اشتراط عدم بيعه من زيد ومنعوا عن اشتراط عدم بيعه مطلقاً مع أنّك عرفت أنّ البيع أو عدمه خارجان عمّا يقتضيه العقد ، وعلى تقدير كونه منافياً لمقتضاه فأي فرق بين اشتراط عدم بيعه من زيد وبين اشتراط عدمه مطلقاً مع أنه لا خلاف ظاهراً من أحد من الأصحاب في جواز اشتراط بيعه من زيد ، وليت شعري أنه هل هناك فرق بين شرط الوجود والعدم وأنّ شرط عدمه يكون منافياً ولا يكون اشتراط وجوده كذلك .

ومن الغريب استدلال بعضهم على عدم جواز شرط عدم البيع بقوله (صلّى الله عليه وآله) « الناس مسلّطون على أموالهم »[١] لأنه يقتضي سلطنة المالك على ماله مطلقاً .

وفيه : أنّ الحديث إنّما يقتضي جواز البيع وجواز سائر التصرّفات لا وجوبها ، فلا يكون اشتراط عدمه إلّا شرطاً لترك أمر مباح وليس فيه مانع ولا مخالفة للكتاب ، وهذا ظاهر .

ثمّ إنّ الشروط أي ما يعدّ شرطاً بحسب الاصطلاح وإن لم يكن شرطاً حقيقياً في بعض الموارد على أقسام : منها ما يرجع إلى تضيّق المنشأ أو تضيّق أحد العوضين ، والأول كاشتراط عدم الغبن في البيع فإنّ معناه جعل الخيار لنفسه على تقدير الغبن بمعنى أنه ينشئ ملكية مقيّدة بعدم التفاوت بين القيمتين لا الملكية على كل تقدير ، ونظيره أيضاً اشتراط التسليم في بلد المعاملة لأنّ معناه إنشاء الملكية الخاصة لا الملكية على كل تقدير ، ومنه اشتراط الكتابة في العبد . والثاني

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

كاشتراط[١] وصف في بيع الكلّي في الذمّة .

وهذا القسم في الحقيقة ليس بشرط ، لأنّ العقد لم يرتبط بشيء وإنما هو تقييد في المنشأ أو العوضين ، ولكن وجوب العمل بهذا القسم من الشروط لا يحتاج إلى دليل بل يكفي في لزوم العمل على طبقه إطلاقات ذلك العقد إن كانت ، وإلّا فإذا شككنا في صحته فنرجع إلى أصالة الفساد .

والقسم الثاني من الشروط شرط ترك عمل أو فعله كاشتراط عدم البيع أو عدم الأكل أو اشتراط البيع ونحوها ، ولابدّ في هذا القسم من ملاحظة أنّ العمل المشروط تركه أو فعله من المباحات بالمعنى الأعم فينفذ الشرط ويجب عليه الوفاء به ، أو أنه من شرط ترك الواجب أو الحرام فيبطل لأنه على خلاف الكتاب .

ومن الأوّل شرط عدم البيع أو البيع أو شرط الأكل وعدمه كما مرّ ، ومنه أيضاً اشتراط ترك الوطء فإنه لا إشكال في جوازه في عقد الانقطاع ، إلّا أنهم اختلفوا فيه في عقد النكاح الدائم ، ولكنّك عرفت أنّ الوطء من الأفعال وليس من مقتضيات نفس العقد أي ما ينشأ به ولا من مقتضيات العقد بمعنى الأحكام الشرعية المترتّبة عليه ، نعم جواز الوطء من مقتضيات عقد النكاح أي من الأحكام الشرعية المترتّبة عليه دون فعله أو تركه ، واشتراط ترك الجائز جائز وليست فيه مخالفة للكتاب، نعم لو اشترط عدم الوطء مطلقاً يمكن أن يقال إنه مخالف للكتاب لوجوبه في كل أربعة أشهر فيبطل ، إلّا أنه مبني على أن يكون وجوب الوطء في أربعة أشهر وجوباً تكليفياً ، وأمّا إذا كان وجوباً حقّياً بمعنى أنه حق للزوجة وهوقابل للاسقاط فلا محذور في اشتراط تركه مطلقاً لأنها بقبولها يسقط

---

(١) هذا مثال لتقييد المبيع وأمّا تقييد الثمن فهو كانصراف الثمن إلى نقد البلد فإنه شرط يوجب تضيّق الثمن .

حقّها ، وهذا ظاهر .

ومنها أيضاً : شرط الوقف ولو للبائع وأولاده ، فإنه شرط فعل مباح بالمعنى الأعم ولا محذور فيه ، ولا مخالفة فيه للكتاب لأنه ليس بواجب ولا حرام ، وليس منافياً لمقتضى العقد لأنه لا يقتضي فعله أو تركه ، فإنّ الأفعال خارجة عمّا تقتضيه العقود ، نعم جوازه من المقتضيات الثانية للعقد ولا مانع من اشتراط فعله أو تركه .

ومنها أيضاً : اشتراط البيع كما عرفت ، واشتراط عدمه مطلقاً وإن كان مورداً للخلاف عندهم إلّا أنّ اشتراط عدمه أو وجوده بالاضافة إلى شخص خاص ممّا لا كلام فيه عند الأصحاب ، نعم في خصوص اشتراط بيعه من البائع إشكال تعرّض له العلّامة (قدّس سرّه) ومنعه من جهة لزوم الدور ، واستدلّ في الحدائق على بطلانه بالرواية وسيأتي التعرّض لهذا الفرع[1] عن قريب إن شاء الله تعالى .

ومن جملة ذلك : اشتراط العتق في بيع العبد لأنه خارج عن مقتضى العقد كما تقدّم وقلنا إنّ الأفعال لا ترجع إلى مقتضيات العقود ، نعم جوازه من المقتضيات الثانوية للعقد ، واشتراط فعل الجائز أو تركه ممّا لا محذور فيه ، وذلك لما عرفت سابقاً من أنّ اشتراط أمر مباح لا يكون مخالفاً للكتاب والحكم بجواز اشتراط العتق على طبق القاعدة ، نعم يظهر من العلّامة (قدّس سرّه)[2] خلاف ذلك وأنّ جواز اشتراط العتق على خلاف القاعدة وأنه باطل في حدّ نفسه ، حيث علّل جوازه بأنّ العتق مبني على التغليب وكأنه لولا ذلك لكان اشتراط العتق باطلاً ، ولكنه منه (قدّس سرّه) عجيب لأنّ العقد كما مرّ لا يقتضي العتق ولا غيره من الأفعال ، ولو اقتضى

---

(١) في الشرط السابع .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٣٥٤ ، التذكرة ١٠ : ٢٤٦ .

يقتضي جوازه ، وشرط ترك الجائز سائغ إذ لو كان محرّماً فلا يجدي في جوازه كون العتق مبنياً على الغلبة .

والقسم الثالث من الشروط : شرط النتيجة أعني الأحكام الوضعية الشرعية ، وهي إن رجعت إلى خلاف مقتضى العقد بالمعنى المتقدّم فتبطل نظير اشتراط عدم الملكية في البيع وعدم الزوجية في عقد النكاح ، لأنه من التناقض الظاهر ، وبطلان مثله لا نحتاج إلى دليل .

وأمّا البيع بشرط عدم الثمن فقد عرفت أنه إن أُريد منه البيع الحقيقي أعني المعاوضة وتبديل شيء بشيء مشروطاً بعدم العوض فهو تناقض وخلاف مقتضى البيع كما مرّ ، وأمّا إذا أُريد منه التمليك بلا عوض المعبّر عنه بالهبة فلا محذور ، وعليه يخرج عن محل الكلام ويدخل في بحث جواز العقد بالألفاظ المجازية وعدمه .

وأمّا إذا لم يرجع إلى خلاف مقتضى العقد ، فإن لم يجعل الشارع لها سبباً خاصاً وكان ممّا اختياره بيد المكلّف فهو شرط سائغ يجب الوفاء به كشرط ملكية شيء ونحوها ، وأمّا إذا كان لها سبب خاص ولم يكن اختياره بيد المكلّف فيقع باطلاً لأنه مخالف للكتاب .

وأمّا اشتراط عدم الخسران في عقد الشركة فهو إن رجع إلى عدم نقص في ماله وحصته عند الخسران فيكون على خلاف الكتاب والسنّة لأنّهما إذا اشتريا فرشاً بعشرة دنانير على نحو الشركة ثمّ باعاه بخمسة فمقتضى صحة تلك المعاملة وجوازها أن يذهب من مال كل منهما ديناران ونصف دينار ، فاشتراط أن يكون التالف راجعاً إلى حصة شريكه غير سائغ شرعاً ، وأمّا إن رجع إلى تتميم الشريك خسرانه بمعنى أن يجبره من ماله فهو شرط أمر مباح ، لأنّ إعطاء الشريك مقداراً من المال لشريكه سائغ ولو بلا خسران فلا مانع من اشتراطه .

وأمّا الصحيحة[١] الواردة في شراء الجارية بالاشتراك واشتراط عدم الخسران وقال (عليه السلام) « لا أرى به بأساً » فإن كان اشتراط عدم الخسران فيها بالمعنى الثاني أعني إعطاء شريكه مقدار الخسران له من مال نفسه فهو على طبق القاعدة ولا بأس به ، وأمّا إذا أُريد منه اشتراط عدمه بالمعنى الأول فيكون الرواية على خلاف القاعدة ، وحيث إنها صحيحة يعمل بها في خصوص موردها ولا يتعدّى عنه إلى غيره ، ومعناه أنّ النقص الوارد على هذا الشريك المشروط له يرجع إلى حصة شريكه وهو على خلاف القاعدة ، وأنت بعد ما عرفت معنى المقتضى وأنّ للعقد مقتضيين ، وعرفت معنى الشروط لا يبقى لك شك وتردّد في مورد في أنه شرط مخالف للكتاب أو أنه منافٍ لمقتضى العقد ، وتقدر على تمييز أحدهما من الآخر لأنه ضابط تامّ ، وبه تعرف أنّ أكثر الفروعات المتقدّمة التي وقعوا فيها في الإشكال حتى أنّ المحقّق الثاني (قدّس سرّه)[٢] مع تبحّره في الفقه وقد ثُني به المحقّق أي صار اثنين أو سُمّي به المحقّق وقع في الإشكال والتجأ إلى إرجاعه إلى نظر الفقيه ، مع أنّ نظره مقصور على ما يستفيده من الأدلّة وهو إحالة إلى المجهول ممّا لا إشكال فيه ، هذا تمام الكلام في الشرط الخامس ويقع الكلام بعد ذلك في الشرط السادس .

الشرط السادس

ومن جملة الشروط التي اشترطوها في صحة الشروط : هو أن لا يكون الشرط مجهولاً وإلّا يقع باطلاً ، وأمّا أنه يوجب فساد العقد أيضاً ، فسيأتي الكلام

(١) الوسائل ١٩ : ٧ / كتاب الشركة ب١ ح٨ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٤١٥ .

فيه في محلّه[١] إن شاء الله تعالى ، وتفصيل الكلام في المقام أن يقال : إنّ الشرط تارة يرجع إلى تحديد أحد العوضين وتقييده كما تقدّم وذكرنا أنه صورة الشرط وحقيقته هو تقييد المبيع أو الثمن ، وهذا نظير بيع الكلّي في الذمّة واشتراط كونه من مزرعة خاصة فإنه تقييد للمبيع وأنه حصة خاصة من الطبيعي لا أنّ المبيع هو الكلّي المشترك بين حصصه ، ونظير اشتراط كون الثمن من نقد البلد بالانصراف لأنه تقييد للثمن وأنه نقد خاص لا طبيعيه ، ومثل هذا الشرط إذا كان مجهولاً فلا محالة يقع البيع باطلاً ، لأنّ جهالته عين جهالة العوضين وهي توجب الغرر كما إذا باع كلياً واشترط أن يكون ذلك متّصفاً بوصف مجهول الذي باختلافه تختلف قيمة المبيع .

وهذا القسم من الشروط خارج عن محل الكلام قطعاً لأنه تقييد وتوصيف للعوضين ، واشتراط عدم كونه مجهولاً اشتراط لعدم كون العوضين كذلك والبحث في المقام إنما هو في جهالة الشرط دون العوضين .

وأُخرى يكون الشرط من قبيل شرط الأوصاف غير الراجع إلى تقييد أحد العوضين وهو الشرط المعلّق عليه الالتزام في المعاملة نظير اشتراط الكتابة في بيع العبد الخارجي فإنها لمّا كانت خارجة عن تحت قدرته فلا معنى للالتزام بوجودها في المبيع ، كما أنها ليست قيداً وتضيّقاً لأحد العوضين ، لأنّ المبيع شخصي لا يقبل التضيّق ، فيتعيّن أن يكون راجعاً إلى الالتزام بالمعاملة وأنه على تقدير عدمها يتمكّن من الفسخ الذي ذكرنا أنّ مرجعه إلى جعل الخيار على تقدير عدمه والشرط في هذا القسم بنفسه ممّا لا يعلم بوجوده وأنّ المبيع هل هو متّصف به أو لا فتحقّقه مشكوك من الابتداء إلّا أنّ الجهل بوجوده لا يوجب الغرر والخطر لأنه إذا ظهر واجداً للوصف فالمعاملة لازمة وهو المقصود ، وإذا ظهر فاقداً للوصف فله أن

---

(١) في الصفحة ١١١ وما بعدها .

يفسخ المعاملة فلا احتمال للخطر أبداً .

وفي مثل هذا إذا كان الشرط مجهولاً كما إذا باع شيئاً أو اشتراه مشروطاً بوصف يجهله ولكنّه كتب في دفتره بمعنى أنه اشترط لنفسه الخيار على تقدير عدم كونه واجداً للوصف المجهول الذي كتبه في دفتره وهو موجود فيه ولكنه نسيه ، فلا تكون الجهالة في مثله موجبة للخطر والغرر لأنه ليس في مثله إقدام على أمر خطري ، إذ على تقدير اتّصافه بالوصف المقصود تكون المعاملة لازمة ، وعلى تقدير عدمه المعاملة جائزة وهو يتمكّن من فسخها فأين يلزم الخطر ، فإنّ مجرد جهالة ما علّق عليه الخيار لا يستلزم الخطر ، لأنه لا يسري إلى أحد العوضين وإلّا لاستلزم ذلك بطلان المعاملة في صورة اشتراط وصف معلوم كالكتابة لأنها ممّا لا يعلم بتحقّقه وعدمه كما مرّ ، فحصوله مجهول مع أنهم التزموا بصحّة مثله بلا خلاف بينهم فالجهالة في هذا القسم من الشروط لا يوجب الغرر ولا البطلان وهذا من دون فرق بين أن يكون النهي الوارد نهياً عن الغرر أو نهياً من بيع الغرر ، إذ لا غرر في المقام أصلاً .

بقي الكلام في القسمين الآخرين من الشروط ، وهما شرط الفعل وشرط النتيجة كما إذا اشترط عليه خياطة ما في داره وهو مجهول لأنه لا يعلم أنه ثوب أو شيء آخر أقليل أو كثير ، أو اشترط عليه ما كتبه في دفتره ولا يعلم أنه عبارة عن زيارة الأمير (عليه السلام) مرّة واحدة ، أو أنه قضاء الصلاة عن والده خمسين سنة هذا في شرط الفعل .

وأمّا شرط النتيجة فكما إذا اشترط عليه أن يكون مالكاً لماله الذي بيد الشارط وهو مجهول ولا يعلم أنه درهم أو خمسون ديناراً ، والجهالة في مثلها يوجب الغرر لأنه لا يدري حينئذ أنّ ما انتقل منه إلى طرفه أيّ مقدار ، والجهالة في الشرط في مثلها يسري إلى العوضين ويكون الاقدام عليه خطرياً يوجب بطلان

المعاملة رأساً .

ولكنه ينبغي في المقام استثناء صورة ليست داخلة في محل كلامهم قطعاً ولا نظر لهم إليها في كلماتهم حتماً وهي ما إذا كان التفاوت الحاصل بالشرط على كلا تقديري العلم به أو الجهل وكلا فرضي وجوده وعدمه طفيف جدّاً بحيث لا يعدّ غرراً عندهم كما هو كذلك في الجهالة في نفس العوضين لأنه إذا اشترى داراً ولم يدر أنّ جدرانها آجر بظاهرها وداخلها أو أنّ ظاهرها آجر وداخلها حجر ، أو اشترى داراً ولا يدري أنّ المسامير الموجودة فيها على الغالب قليلة أو كثيرة بحيث لو كانت كثيرة يسوى بمائة فلس ، أو اشترى دجاجة ولا يدري بما في بطنها من البيض ، فإنّ الجهالة في أمثاله مغتفرة لعدم استلزامها التفاوت المعتدّ به عندهم .

وينبغي إلحاق الشرط أيضاً بذلك فإذا اشترط عليه قراءة سورة كتبها في دفتره ولا يعلم أنها سورة الاخلاص أو سورة البقرة فلا يكون ذلك موجباً للبطلان ، لأنّ التفاوت بينهما طفيف لا يعتنى به جدّاً ، وهذه الصورة قطعاً خارجة عن محل كلامهم في المقام وقد عرفت أنّ الجهالة إنما توجب الفساد في الشروط فيما إذا كان الشرط شرط فعل أو نتيجة لسراية الجهالة منهما إلى العوضين ، وعليه ينبغي حذف هذا الاشتراط في المقام والتكلّم فيه في اشتراط عدم الجهالة في العوضين كما صنعناه وذكرنا أنّ الجهل بالعوضين وأوصافهما الموجبة لاختلاف القيمة يوجب البطلان سواء كانت الجهالة ناشئة من الجهل بخصوص العوضين أو بأوصافهما أو من جهة اشتراط فعل أو نتيجة مجهولين .

الشرط السابع

الذي اشترطه العلّامة (قدّس سرّه) في صحة الشروط : هو أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال ، واشتراط ذلك من القضايا التي قياساتها معها ، لأنه لو استلزم

المحال فيستحيل وقوعه ويكون فاسداً ومفسداً للمعاملة .

وهذا بحسب الكبرى متين ، وهل لهذه الكبرى صغرى أو لا صغرى لها ؟ الظاهر هو الثاني ، فإنّ العلّامة (قدّس سرّه)(١) مثّل له بما إذا باعه شيئاً واشترط عليه أن يبيعه إيّاه ثانياً ، وذكر في وجهه أنّ ذلك مستلزم للدور ، لأنّ بيعه منه ثانياً يتوقّف على تملّكه له ببيع البائع له ، فلو توقّف تملّكه وبيع البائع له على بيعه من البائع لدار .

ثم أورد على نفسه : بأنّ هذا الدور يأتي فيما إذا اشترط بيعه من غير البائع أيضاً ، لأنّ بيعه لغير البائع يتوقّف على تملّكه فلو توقّف تملّكه على بيعه من الغير لدار مع أنّك تلتزم بصحة البيع حينئذ .

وأجاب عن ذلك : بأنّ بيعه من الغير لا يتوقّف على تملّكه له لصحة أن يكون البائع وكيلاً من قبل المالك أو يبيعه فضولياً ، وهذا بخلاف بيعه من مالكه إذ لا معنى لبيع المال من مالكه بالوكالة أو فضولياً .

وقد اعترض عليه المتأخّرون بالنقض تارةً وبالحل أُخرى ونقوضه كثيرة منها : نقضه بما إذا اشترط البائع أن يقفه المشتري على البائع وأولاده ، فإن وقف المشتري له على البائع يتوقّف على تملّكه إيّاه ، إذ لا وقف إلّا في ملك والمفروض أنّ ملكه يتوقّف على وقفه وهذا دور مع أنّك تلتزم بصحة هذا الاشتراط .

والانصاف أنّا لا ندري أنه (قدّس سرّه) ماذا أراد بهذا الكلام ، لأنه إن أراد ما هو ظاهر كلامه فهو مقطوع الفساد ، لأنّ الشرط في المعاملات ليس من الشرط الذي هو من أحد أجزاء العلّة كاليبوسة في إحراق النار حتى يقال إنّ إحراق النار يتوقّف على شرطه وهو اليبوسة فلو توقّف الشرط على الاحراق لدار بأن يتوقّف

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠ : ٢٥١ .

اليبوسة على الاحراق ، فإنّ الشرط في المقام بمعنى تعليق الالتزام بالمعاملة عليه المعبّر عنه بجعل الخيار على تقدير عدمه ، ومن الواضح حينئذ أنّ بيعه من البائع وإن توقّف على تملّكه ببيع البائع إيّاه إلّا أنّ تملّكه له لا يتوقّف على بيعه من البائع بل هو مالك له مطلقاً باعه أم لم يبعه ، وغاية الأمر أنه لو لم يبعه منه يتمكّن البائع من فسخه ، فما يتوقّف على بيعه من البائع هو لزوم المعاملة لا أصلها وإلّا لبطلت المعاملة حتى فيما إذا كان الشرط أمراً آخر لأنّ التعليق في العقود مبطل ، فإن أراد منه ما لا نعقله فهو مطلب آخر .

نعم لو أراد من شرط بيعه من البائع شرط بيعه بشرط النتيجة لا بشرط الفعل ، فبطلان الشرط صحيح ، لأنّ معناه أنّي أُملّكك بشرط أن أكون أنا مالكاً للمال لأنه تناقض ظاهر وهو من اشتراط ما ينافي العقد ، فبطلانه من تلك الجهة لا من جهة استلزامه الدور ، إلّا أنّ إرادة شرط النتيجة لا يناسب ظاهر كلامه من مجموع إيراده على نفسه وجوابه ، فإنّ بيعه للغير بالوكالة ونحوها من قبيل الفعل وظاهره أنه يريد اشتراط الفعل دون النتيجة فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه) .

نعم حكي عن الشهيد (قدّس سرّه)[1] الاستدلال على بطلان الشرط في المقام بأنّ البائع مع اشتراط بيعه منه ثانياً لا يمكن أن يكون قاصداً للبيع من المشتري حقيقة بل هو صورة بيع ، إذ المفروض أنه يريد أن لا يكون ملكاً للمشتري .

ولا يخفى أنّ هذا الاستدلال ملحق بسابقه في أنه واضح البطلان ، لأنّ البيع وجعل الخيار لنفسه ممّا لا مانع من اجتماعهما فهو حقيقة يبيع مع علمه بأنه سيفسخه لخياره وهو نظير ما إذا باعه ثم اشتراه من الغير ، فلا مانع من أن يقصد البيع حقيقة مع جعله الخيار لنفسه كما في سائر موارد جعل الخيار .

---

(١) الدروس ٣ : ٢١٦ .

وربما يستدلّ على بطلان هذا الاشتراط بالاجماع . وفيه : أنّ دعوى الاجماع في المسألة مقطوع الخلاف ، لأنّ الظاهر أنّ أول من تعرّض لهذه المسألة هو العلّامة (قدّس سرّه) دون من تقدّمه .

ثم إنه ورد في بطلان اشتراط البيع من البائع روايتان[1] ذكرهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] في بيع النقد والنسيئة واستدلّ بهما صاحب الحدائق[3] في المقام وذكر أنّ اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً باطل للرواية .

وليعلم أنّ مورد الروايتين هو التخلّص من الربا ومن هنا عبّروا عن البيع المذكور ببيع الحيلة وتسمّى هذه الأخبار بأخبار العينة أي التخلّص من الربا بأن يشتري من يحتاج إلى المال من مالك ذلك المال متاعاً ببيع النسيئة كما إذا اشترى منه كيلواً سكر بمائة وعشرة فلوس الذي يسوى في بيع النقد بمائة ، لأنّ القيمة تزداد في النسيئة ثم يبيعه ما اشتراه نسيئة من نفس البائع ببيع النقد بمائة ، والنتيجة أنّ صاحب المال دفع إليه مائة فلس واستحقّ عليه مائة وعشرة فلوس من دون أن يلزم منه الربا كما نصّ عليه الأخبار ويسمّى هذا ببيع الحيلة وعدّوه من جملة الحيل المصحّحة للربا .

إلّا أنه (عليه السلام) اشترط في هذه الأخبار أن لا يكون البائع والمشتري ملزمين بالمعاملة الثانية بأن لا يشترطانها في ضمن المعاملة الأُولى النسيئة بل كانا مختارين في المعاملة الثانية النقدية فعلاً أو تركاً ، كما اشترط عدم إلزام المديون بإعطاء الزيادة في الدَين ، وصاحب الحدائق استفاد منهما عدم جواز اشتراط بيع

---

(١) راجع الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٤ ، ٦ .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٢٧ .

(٣) الحدائق ١٩ : ١٢٨ .

المبيع من بائعه مطلقاً، وسيأتي في باب النقد والنسيئة[1] تفصيل هذا الكلام ولعلّنا نشير إلى ما في استفادته (قدّس سرّه) منهما.

والذي نتعرّض له في المقام هو أنّا لو سلّمنا هذه الاستفادة من الأخبار فغايته أن لا يجوز هذا الاشتراط في خصوص بيع النقد والنسيئة لا في مطلق البيوع كمن باع ماله في اليوم نقداً واشترط عليه بيعه منه غداً أيضاً بالمعاملة النقدية فإنه ممّا لا ملزم له ولم ترد رواية في المنع عنه في مطلق البيوع، وأمّا بالنسبة إلى بيع النقد والنسيئة فلا مانع من اشتراط عدمه، وعليه فهذا الشرط ممّا لا بأس به.

الشرط الثامن

أن يكون مذكوراً في ضمن العقد وأنّ الشرط إذا لم يذكر في متنه يقع باطلاً.

والظاهر أنّ محل الكلام في المقام غير الشرائط التي جرت عليها سيرة العقلاء واشترطوها في العقود سواء كان المتعاملان ملتفتين إلى اشتراطها أم غافلين عنها وهذا نظير اشتراط كون التسليم في مكان المعاقدة وانصراف الثمن إلى نقد البلد ونحوهما لأنّهم تسالموا على عدم اشتراط ذكرها في متن العقود وذكروا أنّها ثابتة ولو مع غفلة المتبايعين عنها.

كما أنّ الظاهر أنّ مرادهم بالذكر في متن العقد أعمّ من ذكرها على نحو الاشارة أو على نحو التصريح، فإذا تبانيا على شرط قبل المعاقدة ثم عند المعاقدة لم يصرّحوا به وإنما أشاروا إليه كما إذا قال على الشرط المعهود أو المذكور، كفى ذلك في صحته لعدم اعتبار خصوص التصريح به، ولا يلزمه أن يقول مشروطاً بالكتابة مثلاً أو إن كان كاتباً، وهذا ظاهر.

---

(١) في الصفحة ٢٨١.

والظاهر أيضاً أنّ محل الكلام ما إذا تبانيا على شرط قبل المعاملة وكانا ملتفتين إليه حينها وقد أوقعاها مبنيّةً عليه ، وأمّا إذا تبانيا على شرط قبل المعاقدة ولكنّهما في مقام المعاملة لم يوقعا المعاملة مبنيّة عليه بل المعاملة كانت مطلقة غير مبنيّة على شيء ولو كان ذلك مستنداً إلى نسيانهما الشرط أو غفلتهما عنه فضلاً عمّا إذا كان مستنداً إلى إعراضهما عن الشرط كما ربما يصرّح به أيضاً فيقول إنّي أبيعك بكذا وأتعهّده إلّا أنّي لا أجعله شرطاً في العقد فإن كنت واثقاً بقولي فلا مانع من المعاملة ، فهو خارج عن محل الكلام لعدم كونه شرطاً في المعاملة على الفرض ، بل هو من قبيل مجرد الوعد والالتزام بشيء وقد تسالموا على أنّ الشروط الابتدائية غير لازمة الوفاء ، وهذا من الشرط الابتدائي ولا يجب عليه الوفاء بناءً على عدم شمول أدلّة الشروط للشرط الابتدائي كما مرّ الكلام فيه تفصيلاً .

وعليه فمحل الكلام ما إذا تبانيا على شرط قبل المعاملة واستمرّا عليه إلى حين المعاقدة وقد قصدا إيقاع المعاملة مشروطة به في قصدهما ولم يذكراه في متن العقد ، فهل يقع ذلك الشرط صحيحاً أو أنه فاسد وباطل ؟

وربما يحتمل أن يكون مثل هذا الشرط موجباً لبطلان المعاملة ، لا من جهة أنّ الشرط الفاسد يفسد العقد بل من جهة أنّ المعاملة غير شاملة لشرائط صحتها حينئذ كما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] في آخر كلامه ، والوجه في هذا الاحتمال هو دعوى أنّ الشرط كالجزء في العوضين فكما أنّ ذكر العوضين وأجزائهما معتبر في صحة العقد ، لأنّ الأجزاء تقابل بالمال وينبسط عليها الثمن فلابدّ من ذكرها وذكر ما يقابلها في العقد ، فكذلك الشرط لأنه كالجزء يقابل بالمال فلا محيص من ذكره وذكر مقابله بحيث لو لم يذكر في العقد بطل العقد لعدم ذكر العوضين حينئذ فإنّ

---

(١) المكاسب ٦ : ٥٧ .

الشرط كالجزء لهما كما مرّ ، فهو نظير ما إذا قال بعتك بكذا من غير ذكر المبيع وأنه ماذا فهل هو الكتاب أو الفرش أو غيرهما ، فلا محالة يكون فقده موجباً لبطلان المعاملة وفسادها .

والجواب عن ذلك أوّلاً : أنّ الشرط عبارة عن ربط العقد بشيء ، ومعناه إمّا تعليق أصل المعاملة على الالتزام بذلك الشرط أو تعليق الالتزام بالمعاملة عليه والثاني كما في اشتراط الأوصاف وما هو خارج عن الاختيار كاشتراط الكتابة في البيع لأنّ معناه أنّ الالتزام بالمعاملة معلّق على وجود الكتابة في العبد المبيع ، إذ لا معنى في مثل ذلك لالتزام الطرف بالشرط فإنه أمر خارج عن تحت قدرته ، فقهراً يرجع الاشتراط المذكور إلى أنّ التزام المشتري بالمعاملة واستمراره عليها مشروط بوجود الوصف المذكور ، ومعناه جعل الخيار للمشتري على تقدير عدمه وقد بيّنا معنى اشتراط الخيار في محله وقلنا إنه يرجع إلى تضيّق الملكية المنشأة وأنّها الملكية المعلّقة أو المقيّدة بالفسخ ، والأول كما في اشتراط الأفعال كالخياطة مثلاً لأنّ معناه أنّ أصل المعاملة معلّق على التزام الطرف بالشرط وحيث إنه حاصل فالمعاملة متحقّقة ، كما أنّ الثاني أيضاً موجود في اشتراط الأفعال ويترتّب عليه الخيار للمشتري على تقدير عدم إيجاد الخياطة في الخارج ، وهذا بخلاف الصورة المتقدّمة فإنّ المعاملة لم تكن معلّقة فيها على شيء بل لو كانت كذلك بطلت ، إمّا من جهة أنّ التعليق في العقود مبطل ، أو لو قلنا بعدم إبطاله فمن جهة عدم حصول المعلّق عليه في الخارج وهو الكتابة فتبطل المعاملة ، وكيف كان فالشرط غير راجع إلى الأجزاء ولا تقابل بالمال بوجه ، فترك ذكره في المعاملة لا يوجب ترك ذكر العوضين بل هو ترك لذكر المعلّق عليه للبيع أو للالتزام .

وثانياً : هب أنّ الشرط كالجزء إلّا أنه لا يثبت المدّعى ، إذ لا دليل على اعتبار ذكر الأجزاء في العقد وإنما اللازم والمعتبر معلومية العوضين وأجزاء المعاملة

للمتبايعين لا ذكرهما في متن العقد ، فإذا علما بهما في الخارج فلا دليل على لزوم ذكرهما في العقد بعد ذلك ، فالحكم في الأصل أي الأجزاء غير ثابت فضلاً عمّا اُلحق به أعني الشروط ، فالحكم بفساد العقد من جهة فقده لذكر الشرط لا أساس له ، نعم الحكم بالفساد أي بفساد العقد من جهة أنّ الشرط الفاسد مفسد مطلب آخر سنتكلّم فيه إن شاء الله تعالى ، ولكنّه لا يختصّ بذكره في متن العقد ويأتي في جميع الشروط الفاسدة ولو من جهة مخالفته للكتاب .

وأمّا الوجه في بطلان الشرط فيما إذا لم يذكر في متن العقد وفساده في نفسه فهو عبارة عمّا ادعي في المقام من الاجماع القائم على فساد الشرط فيما إذا لم يذكر في متن العقد ، فهو إن تم وسلّمناه فلابدّ من اتّباعه تعبّداً .

إلّا أنّ الظاهر عدم إمكان المساعدة على دعوى الاجماع في المقام ، لأنّا نحتمل أن يكون الوجه في اتّفاقهم على فساده عند عدم ذكره في متن العقد هو ما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) مضافاً إلى أنه في نفسه غير متحقّق لأجل الاختلاف في بعض فروعات المسألة وملخّص ما ذكره (قدّس الله نفسه)[١] هو أنّ الاعتبارات النفسانية ممّا علمنا من الشارع أنّها لا تترتّب عليها الآثار ما لم تبرز في الخارج بمبرز ، فمثل البيع والنكاح والطلاق والعتاق وغيرها من الاعتبارات وجامعها المنشآت لا تترتّب عليها آثارها بمجرد اعتبارها في النفس إلّا أن يبرز في الخارج بشيء من المبرزات من القول أو الفعل ، بل ذكرنا في محله أنه لا تصدق عليها تلك العناوين أعني البيع والنكاح ونحوهما بمجرد الاعتبار ، وعليه فالشروط التي لم تبرز في المعاملة وإنما وقعت مورداً للاعتبار المجرد لا تترتّب عليها آثارها في الشريعة المقدّسة ، وبهذا أجاب (قدّس سرّه) عن نقض فساد الشرط غير المذكور في متن العقد

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٣٣ ـ ٢٣٤ .

بالشروط الضمنية وفرّق بينهما بأنّ الشروط الضمنية من جهة تعارفها بين العقلاء قد صارت مدلولة للكلام وهو يكفي في إبرازها بخلاف هذه الشروط إذ المفروض أنّها وقعت مورداً للاعتبار المجرد ولم يبرز في العقد بوجه.

وكيف كان، فلو كان مستند الاجماع هو دعوى انطباق الكبرى المسلّمة أعني عدم ترتّب الأثر على مجرد الاعتبار النفساني على الشروط التي لم تذكر في متن العقد فلا يبقى وقع للاجماع حينئذ ولا يكون تعبّدياً لا محالة.

وأمّا الجواب عن هذه الدعوى أي دعوى انطباق الكبرى المسلّمة على الشروط غير المذكورة في العقد، وكون فسادها مستنداً إلى دعوى الانطباق، فهو ما أشرنا إليه من أنّ الشرط ليس إلّا ربط شيء بشيء وتعليق أحدهما بالآخر، وقد عرفت أيضاً أنّ المعلّق في المقام إمّا هو أصل المعاملة على الالتزام بالشرط وإمّا هو الالتزام بالمعاملة ـ لا أصلها ـ على وجود الشرط في الخارج، وعلى أي حال ليس الشرط واقعاً في مورد الاعتبار ولم يتعلّق به اعتبار نفساني ليقال إنه ما دام لم يبرز في الخارج لا يترتّب عليه الأثر، وإنما الشرط عبارة عن الربط والتعليق والاعتبار وقع على تبديل أحد العوضين بالآخر وقد أُبرز في الخارج أيضاً، وإنّما لم يبرز ما علّق عليه الاعتبار ولا دليل على اعتبار ذكره في المعاملة.

وبالجملة: ليس في الشرط اعتبار مستقل حتى يقال بوجوب إبرازه، وإنما الاعتبار وقع على تبديل العوضين والشرط راجع إلى تعليق هذا الاعتبار بشيء أو تعليق الالتزام به على شيء وهذا كما في الشروط الضمنية بعينها لأنه أيضاً ترجع إلى تعليق الاعتبار المعاملي على الالتزام بها، أو تعليق الالتزام به على وجودها فليست الشروط ضمنية كانت أو غيرها واقعة في مورد الاعتبار، ولا مجال لدعوى انطباق الكبرى المتقدّمة على الشروط فأين هناك اعتبار حتى يعتبر ابرازه.

وعليه فالصحيح أنّ ذكر الشرط غير معتبر في متن العقد فيما إذا كانا قاصدين

لإيقاع المعاملة مبنية عليه ، وذلك لعمومات صحة البيع من قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾(١) و ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(٢) وغيرهما ، وهي تقتضي صحة المعاملة عند الاشتراط المذكور ، ولعمومات وجوب الوفاء بالشرط وهي تقتضي وجوب الوفاء به في المقام أيضاً .

نعم فيما إذا غفلا أو نسيا ولم يوقعا المعاملة مشروطة به ومبنية عليه فلا محالة تنعقد مطلقة ولا يبقى للاشتراط أثر كما تقدّم ، ولعلّه من هذا القبيل ما ورد من أنّ عدم ذكر الأجل في عقد الانقطاع يقلبه إلى النكاح الدائمي بأن يقال إنّ هذا ليس أمراً تعبّدياً وعلى خلاف القاعدة ، وإنما هو من جهة أنه لا فارق بين الدائم والمنقطع إلّا في ذكر الأجل في أحدهما دون الآخر أي كونه مقيّداً بوقت والآخر مطلقاً عنه ، فإذا لم يقيّده في مقام الابراز وأتى به على نحو الاطلاق فلا محالة يقع دائمياً لاطلاقه ولو من جهة نسيانه لذكره أو غفلته عنه لا أنه أمر تعبّدي .

وفي المقام أيضاً ندّعي هذا المعنى وأنّ الفرق بين المشروط وغيره عدم تقييد العقد بشيء ، فإذا لم تقيّد المعاملة ولو نسياناً كفى ذلك في انعقادها مطلقة وغير مشروطة بشيء ، وعليه فليس في الأخبار الدالّة على وقوع النكاح الدائمي عند نسيان ذكر الأجل في عقد الانقطاع دلالة على اعتبار ذكر الشروط في متن العقد لأنّ موردها ما إذا لم يقيّد العقد ولو نسياناً ، وأمّا في المقام فالمفروض أنه مقيّد غاية الأمر أنه لم يذكره في ضمن العقد ، نعم فيما لم يقيّده ولو لأجل الغفلة أو النسيان فالأمر كما ذكروه أنه باطل .

(١) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

الشرط التاسع

ذكر بعضهم أنّ من جملة شروط صحة الشرط أن يكون منجّزاً ، فإذا باعه شيئاً بدرهم واشترط عليه خياطة ثوب على تقدير مجيء زيد يقع الشرط باطلاً لأنه معلّق على مجيء زيد وليس أمراً منجّزاً على كل تقدير وإنما التزم بالخياطة على تقدير مجيء زيد .

وعلّل بطلان ذلك تارةً : بأنّ التعليق في الشرط يسري إلى التعليق في نفس البيع ، لأنّ معنى الشرط في المثال أنه يبيعه بدرهم وخياطة ثوب على تقدير المجيء وكأنّه يبيعه على تقدير مجيء زيد والتعليق في العقود مبطل .

وأُخرى : بأنّ مرجع هذا إلى البيع بثمنين ، لأنه باعه بدرهم إن لم يجئ زيد وباعه بدرهم وخياطة ثوب على تقدير مجيئه .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنّ التعليق تارةً يرجع إلى تعليق نفس العقد وأُخرى إلى تعليق لزوم المعاملة وثالثة إلى تعليق متعلّق الالتزام .

أمّا التعليق في نفس العقد فهو على نحوين : فتارةً يكون نفس عقده وإنشائه معلّقاً على شيء كقوله : بعتك هذا إن كان كذا ، والتعليق حينئذ يوجب البطلان بلا فرق بين أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً كتعليقه على مجيء زيد غداً ، أو يكون أمراً حالياً لكنّه لا يعلم به كما إذا باعه على تقدير أن يكون اليوم جمعة فإنه أيضاً باطل لعدم علمه بأنه يوم الجمعة ولو مع كونه يوم الجمعة واقعاً ، وهذا ظاهر .

وأُخرى التعليق في العقد بمعنى التفكيك بين الانشاء والمنشأ بحسب الزمان بأن يكون زمان الانشاء غير زمان المنشأ كما إذا أنشأ فعلاً الملكية بعد شهر ، وهذا أيضاً يوجب البطلان في المعاملات لكنه لا من جهة التعليق لأنّ مثله واقع في العرف والشرع من غير نكير ، ومنه الوصية لأنه ينشأ في حال حياته الملكية بعد موته ونظيره التدبير لأنه إنشاء بالفعل للحرية بعد موته ، بل لعلّه من جهة انصراف أدلّة

الامضاء عن مثله لعدم تعارفه ، والتعليق في الشرط ليس من هذين القسمين من تعليق العقد ، أمّا أنه ليس من تعليق نفس العقد فلوضوح أنّ بيعه في المثال غير معلّق على شيء فإنه باعه على كل تقدير والمعلّق هو شرطه ، كما أنه ليس من تفكيك الانشاء عن منشئه ، إذ المفروض أنه أنشأ الملكية الفعلية غاية الأمر أنه اشترط الخياطة المعلّقة على مجيء زيد في ضمنه .

وأمّا التعليق في لزوم المعاملة فهو كجميع موارد جعل الخيار في المعاملات ، لما عرفت غير مرّة من أنّ مرجع الاشتراط في المعاملة إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير عدم تحقّق شرطه ، ومعنى الخيار أنّ التزامه بما أنشأه معلّق على حصول شرطه وقهراً يستلزم ذلك التعليق في لزوم المعاملة ، وهذا على أقسام .

لأنّ لزومها تارةً يكون معلّقاً على أمر استقبالي معلوم التحقّق في ظرفه وهذا كما في خياري المجلس والحيوان لأنّ اللزوم في الأول معلّق على افتراقهما وفي الثاني معلّق على انقضاء ثلاثة أيام وهو معلوم الزمان ، ولكن الخيار في المثالين حكم شرعي غير مربوط بانشاء المتعاقدين وإنما ذكرناهما توضيحاً . ومثال تعليق اللزوم في الانشائيات هو ما إذا باع شيئاً واشترط عليه الخيار إلى شهر فإنّ لزوم المعاملة حينئذ معلّق على مضي شهر وأمّا قبله فالمعاملة جائزة .

واُخرى يكون معلّقاً على أمر حالي مشكوك الوجود كاشتراط الكتابة في العبد فعلاً فإنّ اللزوم حينئذ معلّق على تحقّق الكتابة في العبد بالفعل وهي مشكوكة .

وثالثة يكون معلّقاً على مجمع العنوانين المتقدّمين بمعنى أنه معلّق على أمر استقبالي مشكوك التحقّق ، وهذا نظير البيع بخيار كما إذا باع ماله واشترط عليه الخيار إذا جاء بمثل ثمنه فإنّ أصل إتيانه بمثل ثمنه مشكوك كما أنّ وقته كذلك أي أنه غير معلوم وهل يجيء به بعد شهر أو في أثنائه ، فاللزوم فيه معلّق على عدم مجيئه

بالثمن وهو أمر غير معلوم التحقّق وأمر استقبالي ، وتعليق اللزوم في هذه الأقسام الثلاثة صحيح بلا إشكال ولا خلاف .

وأمّا التعليق في متعلّق الالتزام فكما في المقام لأنه التزم بالخياطة معلّقاً على مجيء زيد ، والصحيح أنّ هذا نظير الواجب المشروط وقد تقدّم في محلّه أنّ بعض الأعاظم أرجع القيد والشرط إلى متعلّق الالتزام أي الملتزم ، ولازمه أن يكون الالتزام بالخياطة المقيّدة بمجيء زيد فعلياً وغير مشروط بشيء لأنه التزام فعلي بحصة خاصة من العمل وهو الخياطة بعد مجيء زيد وعلى تقديره .

وهذا هو الذي ذكرنا في محله أنه غير معقول ، لأنّ القيد الراجع إلى الملتزم به ربما يكون خارجاً عن اختيار الملتزم ـ بالكسر ـ كمجيء زيد لأنه من أفعال الغير وليس داخلاً تحت قدرته ، وعليه فكيف يمكنه أن يلتزم بالفعل المقيّد بأمر غير اختياري ، فإنّ المقيّد حينئذ خارج عن اختياره ولا معنى لالتزامه بأمر غير مقدور أو لاعتبار فعل غير مقدور في حقّه .

والصحيح في مثله كما هو المرتكز عند العرف أنّ الشرط والقيد يرجعان إلى نفس التزامه ومعتبره وهو لزوم الخياطة بمعنى أنه اعتبر على ذمّته الخياطة والتزم بها على ذمّته ولكن لا على كل تقدير بل على تقدير مجيء زيد ، فالتزامه بالخياطة معلّق على الشرط كما في الواجب المشروط والنذر كما إذا نذر صدقة معيّنة إن شافى الله ابنه فإنّ الالتزام بالصدقة وكونها ثابتة في ذمّته معلّق على شفاء الله لا على كل تقدير وعليه فلا مانع من تعليق شرطه بمجيء زيد في المقام لأنه كالواجب المشروط من تعليق الالتزام والمعتبر ولا مانع عنه بوجه .

ودعوى أنّ مرجعه إلى البيع بثمنين بمكان من الضعف والسقوط ، وذلك لما

مرّ غير مرّة من أنّ الشروط لا تقابل بالمال ومن هنا إذا تعذّر الشرط لا يلتزمون بتبعيض الثمن ، فالمبيع وقع في مقابل الدرهم على كل تقدير ، ولا يبقى بعد ذلك إلّا دعوى الاجماع على بطلان التعليق في الشروط ، إلّا أنها أيضاً ضعيفة لأنّ المتعرّض للتعليق في الشروط والقائلون ببطلانه فيها قليل جدّاً ومعه كيف يحصل الاجماع .

فالصحيح أنّ التعليق في الشروط غير مضر وليس عدمه شرطاً في صحتها فهذا الشرط أيضاً ساقط .

ومنه يظهر اندفاع توهّم أنّ تعليق الشرط يسري إلى تعليق المعاملة ، والوجه في الاندفاع ما عرفت من أنّ المعاملة أي البيع لم يعلّق إلّا على نفس التزام الطرف بالخياطة مقيّداً بالمجيء ، وهذا الالتزام المشروط يتحقّق بالفعل لأنه ملزم فعلاً بالخياطة على تقدير المجيء ، فالبيع متحقّق لا تعليق فيه والتعليق في الالتزام والالتزام المعلّق حاصل بالفعل كالواجب المشروط .

والمتحصّل : أنّ شروط صحة الشرط منحصرة في ثلاثة : عدم المخالفة للكتاب وعدم المخالفة لمقتضى العقد وعدم كونه مجهولاً موجباً للغرر .

الكلام في حكم الشرط الصحيح

قد تقدّم وعرفت أنّ الشروط في ضمن العقد تنقسم إلى أقسام :

القسم الأول : شرط الأفعال الاختيارية أعم من التكويني والاعتباري كالخياطة والعتق لأنّهما فعل اختياري للمشروط عليه ويصح أن يلتزم بهما على نفسه ، ومنه اشتراط الأوصاف القابلة للاحداث كاشتراط كون العبد كاتباً في المستقبل لتمكّنه من تعليم الكتابة مثلاً .

القسم الثاني : شرط الأوصاف الخارجة عن تحت قدرة المشروط عليه كاشتراط كون الحنطة من المزرعة الكذائية أو كون قطن الفرش من مكان خاص

وأن يكون نسجه نسج كذا أو كون العبد كاتباً بالفعل ، لأنها خارجة عن تحت قدرته إذ الأوصاف المذكورة إمّا موجودة أو معدومة والالتزام في مثلها غير معقول لعدم قدرته عليها ، ولابدّ من أن يكون مرجع هذا الاشتراط إلى جعل الخيار على تقدير عدمه ، ومنها اشتراط فعل الغير لأنه أيضاً خارج عن قدرته واختياره وقد تقدّم الجواب[١] عمّا أفاده السيد (قدّس سرّه) في اشتراط الأوصاف من أنه يرجع إلى تقييد المبيع وبيان أنّ المبيع هو الحصة الخاصة لا مطلقها ، وملخّص الجواب أنّ تقييد المبيع الشخصي بشيء غير معقول ، إذ لا إطلاق فيه حتى يقيّد فلا معنى لتقييده ويتعيّن أن يكون شرطها بمعنى جعل الخيار على تقدير عدمها .

القسم الثالث : شرط النتيجة التي هي خارجة عن شرطي الأوصاف والأفعال الاختيارية التي سيوجدها المشروط عليه بعد ذلك ، لأنه في شرط النتيجة يوجدها بالفعل كاشتراط إرث غير الوارث في معاملة أو اشتراط ملكية شيء آخر غير المبيع ، وقد عرفت أنّ النتيجة المشروطة التي هي من الأحكام الوضعية إن كانت تحت اختيار المشروط عليه شرعاً ولم يكن لها سبب خاص فلا مانع من اشتراطها وتتحقّق بنفس ذلك الاشتراط كملكية شيء آخر في المعاملة أو شرط الوكالة في أمر آخر ، وأمّا إذا كانت خارجة عن تحت قدرته فاشتراطها من قبيل الشرط المخالف للكتاب كشرط إرث غير الوارث أو عدم إرث الوارث في ضمن عقد وهو على خلاف الكتاب فيبطل ، وأمّا إذا كانت تحت اختياره ولكنه مشروطاً بسبب خاص كما في الطلاق والنكاح فاشتراطها أيضاً باطل لأنه مخالف للكتاب حيث اشترط طلاق امرأته أو نكاح امرأة اُخرى في ضمن عقده بلا سببهما وهو على خلاف الكتاب فيبطل ، هذه هي أقسام الشروط .

---

(١) [لم يتقدّم منه في الأبحاث السابقة] .

فهل قوله (عليه السلام) المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم[١] وغيره من أدلّة الشروط يشمل جميع تلك الأقسام الثلاثة أو أنه يختص بخصوص شرط الفعل الاختياري لأنّ معناه وجوب العمل بالشرط تكليفاً ، وهذا أي الوجوب التكليفي لا يتحقّق إلّا في الشرط الاختياري وأمّا شرط الوصف أو شرط النتيجة فهما خارجان عن قدرته ولا معنى لوجوب العمل بهما كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

والظاهر أنّ الحديث وغيره من أدلّة الشروط يشمل جميع الأقسام الثلاثة بلا اختصاصه بشرط الفعل فقط ، وذلك لأنّ معنى كون شيء عند شيء ملازمته معه وملاصقتهما وعدم انفكاكهما ، فالحديث دلّ على أنّ المؤمن أو المسلم ملازم لشرطه وغير منفك عنه وملاصق معه ، وآثار اللزوم أي ملازمة المؤمن لشرطه مختلفة لأنه إذا شرط فعلاً اختيارياً أو تركه فمعنى ملازمة الفعل أو ملازمة الترك إيّاه وجوب العمل أو الترك ، إذ لا معنى لملازمتهما مع تركه عند شرط الفعل أو فعله عند شرط الترك ، كما أنّ الشرط إذا كان شرط وصف الذي عرفت أنّ معناه جعل الخيار على تقدير عدمه أي توقيت الملكية المنشأة وتحديدها بالفسخ عند ظهور عدمه ، فمعنى ملازمته إيّاه وعدم انفكاكهما أنه باقٍ على ما التزمه من الخيار أي الملكية المقيّدة ولم يتخلّف عنه ، فإذا فسخ فلا محالة يرجع كل ملك إلى مالكه ، وكذلك الحال في اشتراط النتيجة الذي هو بمعنى اعتبار شيء بهذا الاشتراط كشرط الوكالة فإنّ معناه أنّك تعتبرني وكيلاً بهذا الاشتراط ، فإنّ معنى ملازمتهما وعدم انفكاكهما أنه اعتبره وكيلاً وهو على التزامه من كون الطرف وكيلاً أو كون مال آخر ملكاً له وهكذا .

وبالجملة : أنّ الحديث يدلّ على الحكم الوضعي فقط وهو إمضاء الشارع

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

لالتزامات المتبايعين واشتراطاتهم ، ومعناه أنّ شروط المؤمنين نافذة وجائزة ولازمة ويترتّب على اللزوم آثاره حسب اختلافها باختلاف الشروط ، فلا وجه لما أفاده (قدّس سرّه) من اختصاص الحديث بشرط الأفعال .

وممّا يؤيّد ما ذكرناه أو يدلّ عليه : أنّ الإمام (عليه السلام) قد طبّق « المؤمنون عند شروطهم » على شرط الأفعال تارةً وعلى شرط النتيجة أُخرى ، والأول كما دلّت[1] على أنّ من اشترط لزوجته أن لا يأتي عليها سرية يجب عليه أن يفي بشرطه لأنّ المؤمنين عند شروطهم وإن كان بئس ما صنع لأنّه لا يدري ما يقع في قلبه في الليل والنهار ، وعدم التسرّي من الأُمور المباحة وعدمه عدم فعل اختياري . والثاني كما دلّت[2] على أنّ المكاتبة إذا أعانها ابن زوجها في مال المكاتبة واشترط عليها أن لا يكون لها الخيار بعد حريتها (لأنّ الأمة إذا تزوّجت ثم صارت حرّة كان لها الخيار في بقائها على زوجية زوجها وعدمه) لزمها الوفاء ولا يكون لها الخيار لأنّ المؤمنين عند شروطهم ، وشرط عدم الخيار من شرط النتيجة وشرط عدمه إسقاط فعلي لخيارها ولو كان ذلك من إسقاط ما لم يجب إلّا أنه لا بأس به بعد دلالة الدليل عليه .

بقي في المقام أمران :

أحدهما : إذا فرضنا أنّ قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »[3] ونحوه اختصّ بشرط الأفعال كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري فهل يبقى لصحة الشرط في شرط الوصف وشرط النتيجة دليل أو لا دليل على صحة الشرطين

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ١٥٥ / أبواب المكاتبة ب ١١ ح ١ وفيه « المسلمون عند شروطهم » .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

حينئذ ؟

ذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[١] والسيد في حاشيته[٢] أنّ لازم تخصيص المؤمنون عند شروطهم بخصوص شرط الفعل عدم صحة الشرط في القسمين المذكورين ، لعدم دليل على صحته فيهما بعد عدم شمول « المؤمنون » لهما .

والظاهر أنّا لا نحتاج في صحة الشرطين المذكورين إلى دليل آخر أصلاً ، لأنّ الالتزام في هذين القسمين كما عرفته غير معقول ، إذ لا معنى للالتزام بما لا يقدر عليه ولا يكون تحت قدرته واختياره ، فلا يبقى أثر للاشتراط إلّا جعل الخيار عند عدم الوصف ، لأنّ الأمر يدور بعد عدم إمكان الالتزام بين أن يكون شرط الوصف قيداً لأصل البيع أو يكون قيداً للزومه ، والأول باطل لاستلزامه التعليق في العقد والثاني ما ذكرناه من أنه عبارة عن جعل الخيار كما مرّ غير مرّة وقد مرّ أنّ جعل الخيار معناه تحديد الملكية بالفسخ عند ظهور عدم الوصف ويكفي في صحة ذلك عمومات ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ لأنّ المفروض أنّ عقده بهذه الكيفية أي عقد على الملكية الموقتة بالفسخ ، ومعنى الوفاء الانهاء والاتمام أي أتمم الالتزام والعقد إلى آخره وإتمامه يستلزم القيام عليه ، والمفروض أنّ الملتزم به هو الملكية الموقتة دون المطلقة أو هو الملكية مع كون المشتري وكيلاً من قبله أو كون المشتري مالكاً لمال آخر أيضاً ، ولا يحتاج صحة الشرطين إلى دليل آخر غير عمومات ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ ونحوه .

وثانيهما : أنه إذا اشترط وكالة المشتري مثلاً في أمر في ضمن المعاملة بنحو شرط النتيجة فهل له فسخ وكالته بعد ذلك وأنها ترتفع بالفسخ أو لا ولو فيما إذا قلنا

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٢٠ مبحث الشروط .

بحرمة فسخه من جهة استفادة وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً من أدلّة الشروط ولكنه ارتكب الحرام وفسخ الوكالة فهل يرتفع بفسخها ، لأنّ اللازم هو كونه وكيلاً وقد صار كذلك بالشرط فلا مانع من رفعها بالفسخ بعد ذلك ، أو أنّ الفسخ غير نافذ ؟

لم يتعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لهذه المسألة صريحاً إلّا على نحو الاشارة في طي كلماته(١)، والظاهر عدم نفوذ الفسخ حينئذ ، لأنّ الوكالة المشروطة في العقد بنحو شرط النتيجة قد صارت لازمة ولاصقة على المشروط عليه كما هو معنى قوله « المؤمنون عند شروطهم » أو قوله **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** فلا ترتفع برفعها ولا ينعزل بعزله ، فإذا اشترط وكالة المرأة في طلاقها في عقد النكاح فلا ترتفع وكالتها برفعها لأنّها صارت لازمة بالاشتراط ، وعقد الوكالة وإن كان جائزاً إلّا أنّ الكلام في الوكالة المشترطة في ضمن عقد لازم لا في عقد الوكالة ، فجوازها أي جواز عقدها لا يمنع عن لزوم نفسها عند الاشتراط ، وقد تعرّض السيد (قدّس سرّه) في حاشيته(٢) لهذه المسألة واحتمل الجواز أوّلاً ثم قوّى اللزوم وعدم انعزاله بالعزل واستدلّ على ذلك بأنّا نعلم من الخارج أنّ قصد الشارط والمشروط عليه ليس إلّا الوكالة الدائمة المستمرّة ، وعليه فلا تكون الوكالة مرتفعة ولا ينعزل الوكيل بعزله هذا ما استدلّ به (قدّس سرّه) على عدم ارتفاع الوكالة بالعزل ، وهو غير ما اعتمدنا عليه من الوجه .

إلّا أنّ للمناقشة فيما أفاده مجالاً واسعاً ، وذلك لأنه لا ينبغي الإشكال في أنّ قصد المتعاقدين ليس هو الوكالة الموقتة بوقت أو المقيّدة بزمان وإنما قصدهما الوكالة

---

(١) سيأتي أنّ السيد (قدّس سرّه) تعرّض لها عن قريب فلا تغفل .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٢٠ ـ ١٢١ من مبحث الشروط .

على نحو الدوام والاستمرار ، إذ لو كانت الوكالة المقصودة هي الموقتة بوقت لارتفعت بنفسها بعد مضيّ وقتها بلا حاجة إلى عزله وفسخها ، فيكون ارتفاعها مستنداً إلى قصور مقتضيها وهذا خارج عن محل الكلام ، فإنّ المقصود أنّ الوكالة التي لا قصور فيها بحسب المقتضي ولا ترتفع بنفسها لأنّهما قصدا الوكالة الدائمية هل هي لازمة أو جائزة وأنّ له رفعها ، وأنه ما المائز بين هذه الوكالة الدائمية الثابتة بالاشتراط وبين الوكالة الدائمية الحاصلة بعقدها ، ولماذا كانت الوكالة حينئذ جائزة مع أنّ قصدهما هو الوكالة الدائمية ، وكانت الوكالة عند الاشتراط لازمة .

ولا يكفي في إثبات ذلك دعوى أنّ قصدهما هو الوكالة المطلقة فإنه كذلك في عقد الوكالة أيضاً فيحتاج لزومها عند الاشتراط إلى دليل .

فالصحيح ما ذكرناه من أنّ مقتضى « المؤمنون » الخ أنّ المؤمن ملازم لشرطه وهو ملصق عليه لا ينفك عنه ، فلا ترتفع الوكالة المشروطة بالعزل لمخالفته لكونه عند شرطه وملازمته معه ، أو لو ناقشنا في دلالة « المؤمنون عند شروطهم » فنتمسّك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] لأنّ العقد حسب الفرض مقيّد بثبوت الوكالة للمشروط له (بمعنى أنّ لزومه مقيّد بثبوتها) ومقتضى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب إنهاء العقد على ما هو عليه من العقود إلى آخره ، والوفاء عليه بما له من الأوصاف ، نعم لو اشترط وكالة الطرف بنحو شرط الفعل بأن اشترط أن يوكّله بعد ذلك وقد وكّله ووفى بشرطه ثمّ فسخها ترتفع بالفسخ لأنّ اللازم عليه حينئذ هو إيجاد الوكالة وقد أوجدها وله أن يرفعها بفسخها كما أنه لا ينافي الوفاء ، ومن هنا لو اشترط كتابة شيء أو خياطته في العقد وهو وفى بهما فكتبه أو خاطه ثمّ مزّقهما وأرجعهما إلى حالتهما الأوّلية لا ينافي ذلك لعنوان الوفاء كما لا يخفى ، ولعلّنا نتكلّم في

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

ذلك أيضاً في بعض المباحث المناسبة له إن شاء الله تعالى .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] لمّا قسّم الشروط إلى ثلاثة أقسام أخذ في بيان أحكام الشرط الصحيح وتكلّم في خصوص شرط الفعل وترك غيره وذكر من جملة أحكامه أنه يجب الوفاء به وجوباً تكليفياً ، وهذا كما عرفت لا ينبغي الإشكال فيه لما مرّ من أنه لازم كون المسلم ملازماً لشرطه . ودعوى أنّ الشرط لا يجب الوفاء والعمل به لأنه لا يستفاد من الحديث الحكم التكليفي ، مندفعة بما ذكرناه من أنّ ذلك لازم كون المسلم أو المؤمن عند شرطه وملازماً معه وغير منفك عنه بل هذا من خصوصيات الإيمان والإسلام فكيف يصح مخالفته وتركه .

ومن جملة أحكامه أنّ الشرط إذا قلنا بوجوب العمل على طبقه وامتنع المشروط عليه من العمل فهل يجبر عليه أو لا ، بمعنى أنّ وجوب الوفاء بالشرط هل هو وجوب تكليفي محض غير مورث لاستحقاق الشارط للعمل من المشروط عليه نظير وجوب الوفاء في النذر فإنّ المنذور له لا يستحق بذلك شيئاً على ذمّة الناذر فإنّ التكليف بالوفاء وجوب محض ولا يصح للمنذور له ولا للشارط مطالبة الناذر أو المشروط عليه بالوفاء إلّا من باب الأمر بالمعروف ولكنّه لا يختص بالشارط أو المنذور له بل إجباره بالمعروف وظيفة كل مسلم ، أو أنّ هذا الوجوب وجوب حقّي يوجب استحقاق المشروط له للعمل ويصح له مطالبة المشروط عليه بما وعده وشرطه ، وأنه له إجباره لخصوصية فيه وهو كونه مستحقاً لما يطالبه به ؟

قد وقع في ذلك الخلاف بين الأصحاب بين نافٍ ومثبت ، وربما فصّل بين الشرط الراجع إلى مصلحة أحد المتعاقدين كخياطة ثوبه ونحوها وبين ما لا يرجع إلى مصلحتهما كاشتراط كنس المسجد ، فالتزم بجواز الإجبار في الأول دون الثاني

---

(١) المكاسب ٦ : ٦٢ .

كما ربما يفصل بين الشرط الذي هو كالمتعلّقات للعقد نظير اشتراط رهن المبيع عند البائع لعدم اطمئنانه بالمشتري حتى يوثق بثمنه ، وبين الشرط الأجنبي نظير الخياطة ونحوها ، ففي الأول يصح الإجبار لأنه من متعلّقات العقد والعمل به كالعمل بالعقد لازم دون الثاني .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه من جهة أنه التزم بالعمل له فله إجباره من جهة التزامه بالعمل للمشروط له وهذا لا من جهة جواز الأمر بالمعروف بل من جهة ثبوت حق له عليه بالتزام المشروط عليه بالشرط حيث إنه التزمه له فله المطالبة بذلك .

وما أفاده متين ، ويؤيّده ما في بعض الأخبار من قوله (عليه السلام) « فليتم للمرأة شرطها »(٢) حيث عبّر باللام وقال للمرأة الظاهر في كونه حقّاً لها ، وعليه فللمشتري أو البائع أن يطالب المشروط عليه بشرطه . مضافاً إلى السيرة العقلائية فإنّ العقلاء يرونه حقّاً على المشروط عليه ويطالبون به في المحاكم العرفية ، أضف إلى ذلك كلّه أنه ممّا يقبل الاسقاط وهذا يؤيّد كونه حقّاً كما سيأتي .

ثم إنه (قدّس سرّه) استدلّ على ذلك بوجه آخر وملخّصه : أنّ الشرط ملك للمشروط له وله أن يطالب بمملوكه ، وأنّ الشرط كأحد العوضين فكما أنّ أجزاء العوضين لابدّ من تسليمها إلى مالكها وكذا الشرط لأنه كالجزء لابدّ من تسليمه إلى مالكه .

وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لما قدّمنا من أنّ الشرط لا يوجب اشتغال ذمّة المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اُخرج من تركته كما في

---

(١) المكاسب ٦ : ٧٠ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٣٠٠ / أبواب المهور ب ٤٠ ح ٤ وفيه « فليفِ لها به » .

العوضين فإنه لم يثبت كون الشرط كذلك ، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه وهو حق ثابت للمشروط له ، وأمّا الملكية فلا كما لا يخفى .

والمتحصّل : أنّ المشروط له يتمكّن من مطالبة المشروط عليه بالشرط وإجباره عليه لأنه حقّه حسب التزامه . مضافاً إلى دلالة الرواية المتقدّمة وثبوت السيرة العقلائية . وأقوى من الكل أنّ له إسقاطه وهو يؤيّد كون وجوب الوفاء حقياً لأنه القابل للاسقاط ، وإن أمكن أن يقال إنّ الحكم الشرعي أيضاً يعقل أن يرتفع باسقاطه من جهة احتمال أنه كان مشروطاً بعدم رفع يد المشروط له عنه وهذا أمر ممكن بحسب مقام الثبوت إلّا أنه يحتاج إلى دليل ، هذا .

وأمّا ما عن جامع المقاصد(١) من أنّ المشروط له لا يتمكّن من إجباره بالوفاء لأنه على الخيار فإن لم يرض بالعقد بلا هذا الشرط فليفسخ المعاملة وحيث إنه يتمكّن من الخيار فلا يسوغ له الإجبار ، فهو كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ضعيف ، لا لما أفاده هو (قدّس سرّه) من أنّ الخيار في مرتبة متأخّرة عن الإجبار وأنّه إذا لم يتمكّن من دفع ضرره باجباره تصل النوبة إلى الخيار ، وذلك لما سيأتي من أنّ الخيار في عرض الإجبار لا في طوله .

بل الوجه في ضعف ما ادّعاه جامع المقاصد هو أنّ تحقيق هذا الكلام مبني على ملاحظة أنّ للمشروط له حق المطالبة بالشرط أو لا ، فإن لم يكن له حق المطالبة لأنه مجرد حكم تكليفي محض كما مرّ عن بعضهم فمن الواضح أنه لا يتمكّن من إجباره بالوفاء كما في النذر ، ولكنه لا من جهة المانع وهو ثبوت الخيار له بل من جهة قصور المقتضي وعدمه ، إذ مع عدم الحق لا مقتضي للمطالبة ، وإن كان له حقّ المطالبة بالشرط فأيّ مانع من إجباره حينئذ ولو مع تمكّنه من الفسخ ، إذ لعلّ فسخه

(١) جامع المقاصد ٤ : ٤٢٢ .

ليس بنفعه لارتفاع القيمة مثلاً ، فكونه متمكّناً من الفسخ لا يكون مانعاً عن الإجبار لأنه متفرّع على ثبوت حقّه كما عرفت فما أفاده ساقط . مضافاً إلى السيرة المستمرّة عند العقلاء لأنهم يطالبون بحقوقهم في المحاكمات العرفية من دون توقّف ذلك على عدم الخيار .

ثم إنّ في المقام إشكالاً آخر أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بقوله وقد يتوهّم[1] وحاصل هذا التوهّم أنّ الشرط هو وفاء المشروط عليه بالشرط باختياره ، إذ الفعل الصادر بلا اختياره مع الاكراه ممّا لا يمكن تعلّق الالتزام به لأنه خارج عن قدرته ، فإذا أُجبر على الفعل فأتى به عن كره وإجبار فهو لا يكون وفاء بالشرط .

والجواب عن ذلك : ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الشرط ولو كان هو العمل الصادر عن اختيار إلّا أنه لا ينافيه إتيان العمل عن إكراه ، لأنّ الفعل الصادر عن المكره صادر باختياره ، غاية الأمر مع الاكراه فيكون ذلك مصداقاً للشرط ومصداقاً للواجب فيما إذا تعلّق به الوجوب ، نعم لو صدر الفعل منه بلا اختياره كما في الاضطرار يمكن أن يقال إنه ليس مصداقاً للشرط .

وبالجملة : أنّ الفعل الاختياري يذكر في مقابل أمرين : أحدهما الفعل الصادر عن الاكراه والآخر الفعل الصادر لا عن الاختيار كالاضطرار ، ولعلّ هذا صار سبباً للاشتباه ، مع أنّ العمل الصادر عن الاكراه صادر عن الاختيار لا أنه فعل غير اختياري ، نعم لو لم يكن الاكراه بحقّ لقلنا بعدم ترتّب الأثر عليه بحديث رفع الاكراه لا لأنّه غير اختياري ، وأمّا إذا كان الاكراه بحق فهو عمل صادر بالاختيار فيكون مصداقاً للشرط والواجب في موارد الوجوب ، نعم لو اشترطا خصوص

---

(١) المكاسب ٦ : ٧٠ .

الوفاء الصادر لا عن كره ولا من إجبار لا يقع الفعل الصادر عنه بالاجبار متعلّقاً للوجوب ولا مصداقاً للشرط ، هذا كلّه مع الإغماض عمّا ذكرناه في اشتراط الوجوب بالقدرة حيث قلنا إنّ الوجوب لا يتعلّق بغير المقدور .

وأمّا إذا كان العمل مقدوراً تارةً وغير مقدور اُخرى فلا مانع من إيجاب الجامع بين المقدور وغير المقدور ، لأنّ الجامع بينهما مقدور ، وكذلك نقول في المقام : إنّ الالتزام بالعمل غير الاختياري وإن كان غير معقول إلّا أنّ العمل إذا صدر عن الاختيار تارةً وعن غير الاختيار اُخرى فالجامع بين الاختياري وغيره لا مانع من التزامه ولكنّا لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفاً .

قد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تعرّض في المقام لعدّة اُمور : منها أنّ الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوباً تكليفياً .

ومنها : أنّ لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليفي محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه ولذا يمكنه إجبار المشروط عليه على العمل والوفاء بما التزمه على نفسه . وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ له إجبار المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه ، وقد وافقناه في النتيجة وناقشنا في دليلها ، وقلنا إنّ له إجباره واستشهدنا عليه بالسيرة العقلائية وقلنا إنّ لزوم العمل بالشرط وكونه حقّاً للمشروط له ثابت ببناء العقلاء ، وأنّ الأدلّة الدالّة على لزوم الوفاء بالشرط وردت إمضاء للسيرة المذكورة .

ثم إنه (قدّس سرّه) تعرّض بعد ذلك لأمر ثالث : وهو أنّ المشروط عليه إذا امتنع من الوفاء بما التزمه وكان الشرط أمراً قابلاً للنيابة كالانشائيات نظير بيع شيء أو هبته ونحوهما فهل للحاكم أن يباشر ذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه ، أو أنه ليس للحاكم ذلك ولا يقع عمله نافذاً عن قبل

المشروط عليه ؟ قد قوّى تمكّنه من ذلك من جهة ما ورد(١) من أنّ السلطان وليّ الممتنع ، فيندفع ضرر المشروط له بتصدّي الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه ، هذا .

والوقت لم يسع لمراجعة أنّ هذه الرواية هل رويت بطريقنا وأنها معتبرة أو أنها نظير غيرها من المختصرات نبوية ولا اعتبار بها ، فليراجع مظانّها .

ثم على تقدير أنها رواية معتبرة لا تكفي بمجردها في إثبات المدّعى وهو صحة تصدّي الحاكم ما على الممتنع من الالتزام ، بل لابدّ من ضم مقدّمة خارجية إليها ، فإنّ الحاكم ليس بسلطان ولا ممّن دونه بمرتبة أو بمراتب فلابدّ في إثبات ولاية الحاكم من دعوى القطع بمناسبة الحكم والموضوع .

على أنّ هذه الولاية الثابتة للسلطان ليست من الأحكام المختصة بالسلطان بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضاً ، لأنّ المستفاد من الرواية مثلاً أنّ الشارع لا يرضى بتضييع حقوق الناس ، وهذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضاً إذا تمكّن من ذلك ، ولولا دعوى القطع المذكورة احتاج إثبات المدّعى في المقام إلى ضمّ كبرى كلّية على هذه الرواية وهي ولاية الحاكم في كل ما للسلطان من الأحكام والمناصب إلّا المناصب المختصّة به ، وقد تقدّم في بحث الولاية أنّ ولاية الحاكم على نحو الكلّية غير ثابتة وأنه ليس له الولاية في كل ما للإمام والسلطان ولاية ، ولذا ذكرنا أنّ إثبات المدّعى في المقام بمجرد هذه الرواية غير ممكن إلّا بضمّ دعوى القطع بأنّ هذه الولاية ليست من مختصات السلطان لمناسبة الحكم والموضوع .

ثم إنه (قدّس سرّه) تعرّض لأمر رابع في المقام : وهو أنّ الخيار الثابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزمه على نفسه هل هو في

---

(١) [لم نعثر عليه] .

عرض الإجبار أو أنه في طوله بمعنى أنه إذ تعذّر عليه إجباره ولم يتمكّن منه تنتهي النوبة إلى الخيار وله أن يفسخ العقد حينئذ، أو أنه مع تمكّنه من الإجبار متمكّن من الخيار أيضاً؟ نقل عن بعضهم أنّ الخيار في طول الإجبار، وعن العلّامة[١] أنّ الخيار في عرضه وأنه مع تمكّنه من الإجبار يتمكّن من الفسخ ثم قوّى (قدّس سرّه) عدم ثبوت الخيار مع التمكّن من الإجبار.

وفي حاشية المكاسب من تقريرات شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] أنّ هذا البحث بعينه هو البحث السابق ولا اختلاف بينهما إلّا في مجرد الألفاظ، واحتمل هناك أن يكون تكراره سهواً من قلم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وتعجّب من أنه كيف تعرّض له ثانياً.

ولا يخفى وضوح الفرق بين المسألتين، لأنّ البحث في المسألة الأُولى إنما كان متمحّضاً في ثبوت أصل الإجبار وأنه جائز للمشروط له أو لا، وأمّا في هذه المسألة فالبحث فيها في أنّ الخيار الثابت للمشروط له في عرض الإجبار أو في طوله فالمسألتان متغايرتان لا ربط لاحداهما بالأُخرى، والعجب من شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) أنه كيف خفي ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا يحتاج إلى إقامة الدليل ولعلّ الاشتباه من قلمه الشريف دون قلم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

وذكر بعض المحقّقين (قدّس سرّهم)[٣] أنّ أصل عنوان هذه المسألة عجيب لأنّ استحالة اجتماع الخيار مع التمكّن من الإجبار بمكان من الوضوح، والوجه في ذلك أنّا ذكرنا أنّ الشرط ليس هو مجرد الوفاء الاختياري بل يعمّه والوفاء الاجباري

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٥٢.

(٢) منية الطالب ٣ : ٢٥٢.

(٣) حاشية المكاسب (الايرواني) ٣ : ٢٩٧.

أيضاً ، ومن الظاهر أنّ الخيار إنّما يثبت في المقام بعد تعذّر الشرط ، إذ الكلام في هذا الخيار أعني خيار تعذّر الشرط ، ومع التمكّن من الإجبار لا تعذّر للشرط بل هو ممكن ومعه لا معنى للخيار . وبالجملة فرض التمكّن من الإجبار فرض عدم تعذّر الشرط الذي هو أعم من العمل الاختياري والإجباري ، وفرض عدم تعذّر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمكّن من الإجبار مع الخيار .

وما أفاده (قدّس سرّه) متين لو كان المراد بالخيار في المقام خصوص خيار تعذّر الشرط ، إذ مع التمكّن من الإجبار لم يتعذّر الشرط فلم يتحقّق موضوع الخيار حينئذ ، وأمّا لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذّر الشرط كما سيأتي فلا وجه لما أفاده .

وبعبارة أُخرى : أنّا نلتزم بالخيار عند تعذّر الشرط ، ولكن لا من جهة خصوصية في التعذّر بل من جهة أنّه أحد الأُمور الموجبة للخيار ومصداق من مصاديق الموجب للخيار ، وحينئذ يمكن أن يثبت الخيار مع التمكّن من الإجبار لتحقّق موضوع كما سنبيّنه إن شاء الله تعالى ، وعليه فلابدّ من مراجعة مدرك الخيار لنرى أنه يثبت مع التمكّن من الإجبار أو لا يثبت ، إذ عدم إمكان اجتماعهما ليس من البديهيات حتى لا يحتاج إلى دليل .

فنقول : إن كان مدرك الخيار عند تخلّف الشرط هو الاجماع كما ذهب إليه بعضهم فلابدّ فيه من الاقتصار على المورد المتيقّن وهو صورة عدم التمكّن من الإجبار ، وأمّا معها فلا يقين بالاجماع على ثبوت الخيار حينئذ ، فلا محالة يثبت الخيار بعد عدم التمكّن من الإجبار ، وإن كان المدرك لثبوت الخيار قاعدة لا ضرر كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلا يثبت الخيار مع التمكّن من الإجبار أيضاً ، لأنه مع تمكّنه من الإجبار لا يتوجّه عليه ضرر حتّى يدفع بالخيار ، ومن هنا ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الخيار في طول الإجبار لا في عرضه .

ولكنّا ناقشنا في كون مدرك الخيار هو قاعدة لا ضرر في بحث خيار الغبن[١] فراجع .

وأمّا إذا كان المدرك للخيار عند تخلّف الشرط هو الشرط الضمني الذي اعتمدنا عليه فالخيار ثابت مع التمكّن من الإجبار ، وذلك لأنّ المشروط له قد علّق التزامه بالمعاملة على وفاء المشروط عليه بالشرط ، وقد ذكرنا أنّ الشرط لابدّ أن يكون مربوطاً بالعقد ، ولا معنى لكونه عبارة عن الالتزام في ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفاً للشرط فقط بل لابدّ من أن يكون مربوطاً به ، وذكرنا أيضاً أنّ الاشتراط يوجب تعليق أصل المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لولا التزامه بالفعل لا تتحقّق المعاملة أصلاً ، كما أنّ التزامه بالمعاملة وقيامه عليها معلّق على وفائه بالشرط في الخارج بمعنى أنّ المشروط عليه إن لم يفِ بالتزامه في الخارج فللمشروط له أن لا يفي بالتزامه بالمعاملة .

وبعبارة أُخرى : أنّ التزام المشروط عليه بالشرط وإن كان متحقّقاً بحسب الحدوث ولذا قلنا بتحقّق المعاملة والبيع لحصول ما علّق عليه إلّا أنه إن التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فيلتزم المشروط له أيضاً بالمعاملة ، وأمّا إذا لم يلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفي بالتزامه بالمعاملة فيفسخها ، وعليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه بشرطه وعدم التزامه به بقاء ، ومعنى خياره كونه متمكّناً من رفع اليد عن التزامه وقد عرفت أنه إنما يكون متمكّناً من رفع اليد عن التزامه فيما إذا لم يلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء ، ومعه لا داعي إلى تقييده بعدم التمكّن من الإجبار لأنه كلفة زائدة .

---

(١) راجع المجلّد الثالث من هذا الكتا الصفحة ٢٨٤ .

وبما ذكرناه ظهر أنّ الخيار في المقام في عرض الإجبار لا في طوله ، ويمكن أن يكون نظر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فيما ذكره في المقام إلى ذلك حيث ذكر (قدّس سرّه) أنّ المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين ، لأنّ تسليم كل من العوضين إلى مالك الآخر إنّما يجب مع تسليم الآخر فإذا لم يسلم أحدهما فللآخر أن يمتنع عن التسليم ، بمعنى أنّ الالتزام بالتسليم في كل من المتبايعين مشروط بتسليم الآخر وهو ثابت لكل منهما ، وهذا بخلاف المقام لأنّ الالتزام بالعمل بالشرط إنما هو من أحدهما لا من كليهما فإذا لم يفِ بما التزمه فللمشروط له أن لا يفي بالتزامه ، وليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يفي الآخر بالتزامه كما في مسألة التسليم إذ الالتزام ليس من الطرفين في المقام .

وقد ذكر المحقّق المتقدّم هنا أنّ هذا الكلام من الشيخ (قدّس سرّه) يشبه كلام الأطفال في مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر إن لم تعطني لا أعطيك ، وبما ذكرناه عرفت أنّ الأمر ليس كذلك وأنّ هذا الكلام منه (قدّس سرّه) كلام متين ولا يشبه كلام الأطفال ، لأنّ المشروط له قد علّق التزامه بالمعاملة على وفاء المشروط عليه بالتزامه فإذا لم يفِ بما التزمه فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه ، فما أفاده العلّامة (قدّس سرّه) من أنّ الخيار في عرض التمكّن من الإجبار هو الصحيح .

ثم إنه (قدّس سرّه)(١) ذكر في المقام أمراً خامساً وهو أنه إذا تعذّر الشرط في الخارج من جهة عروض عمىً على من التزم بالخياطة أو شلل ونحوهما فلا يثبت للمشروط له إلّا الخيار وله أن يفسخ المعاملة حينئذ ، ولا يثبت له الأرش بأن يطالب المشروط عليه بما به التفاوت بين قيمة الشيء مع الشرط كالخياطة وقيمته بدونه .

(١) المكاسب ٦ : ٧٣ .

وربما يقال بثبوت الأرش في موارد تعذّر الشرط لتفاوت قيمة المبيع مع الاشتراط وقيمته بدونه . وثالثاً يفصّل بين الشروط التي تقابل في نفسها بالمال كاشتراط خياطة الثوب لأنّ لها قيمة في نفسها واشتراط مال العبد في شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلّفها وتعذّرها ، وبين شرط الأوصاف ممّا لا يقابل بالمال في نفسه وإنما يوجب زيادة قيمة المشروط نظير اشتراط القدرة على الكتابة في العبد أو القدرة على الطبخ وغيرهما من الأوصاف الكمالية الموجبة لاختلاف قيمة الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها .

ولا يخفى عليك أنّ الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها ممّا لا يقابل بالمال في المعاملات ولا يقع شيء من الثمن في مقابلها بل الثمن بتمامه يقع في مقابل ذات المبيع ، وعليه فلا وجه للأرش ومطالبة ما يختصّ بها من القيمة مطلقاً وإنما التزمنا بالأرش في خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقته للقاعدة ، وقد أصرّ السيد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] على ثبوت الأرش في تخلّف الشروط بدعوى أنها وإن لم تقابل بالمال في مقام الانشاء وعالم الظاهر إلّا أنها تقابل بها في عالم اللبّ والواقع ، وقد تقدّم ذلك في بحث خيار العيب[2] وبه أثبت (قدّس سرّه) كون الأرش على وفق القاعدة ، وأجبنا عنه هناك بأنّ المعاملات ممّا ليس له عالمان ظاهر وواقع وصورة ولبّ بل صورتها لبّها ولبّها صورتها ، لأنها ليست إلّا اعتبارات نفسانية مبرزة بمبرز في الخارج وهي إمّا موجودة أو معدومة ولا معنى لثبوتها لبّاً دون صورة ، وعليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلّف الشروط وتعذّرها إلّا الخيار دون الأرش كما عرفت .

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٣٠ مبحث الشروط .

(٢) في المجلّد الرابع من هذا الكتاب الصفحة ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذكر أمراً سادساً : وهـو أنّ الشرط إذا صار متعذّراً وثبت بذلك الخيار للمشروط له ولكـن العـين خـرجت عـن مـلك المشروط عليه وسلطنته لتلف أو نقل لازم ، فهل ذلك يمنع عن فسخه أو لا ؟ وعلى تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضي الرجوع بنفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصله أو من حين الفسخ ؟ وقد تـعرّض (قدّس سرّه) في المقام إلى جهات :

الجهة الأُولى : في أنّ المشروط له إذا فسخ هل يرجع بقيمة العين ولا يرجع بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة أنّ العقد الواقع على العين قد صدر من أهله ووقع في محله ، حيث إنه صدر عن مالكها في زمان ملكه فلا وجـه لبـطلان العقد ، بل لو فسخ فلابدّ من أن يرجع ببدلها ، أو أنه يرجع بنفس العين بفسخ العقد الصادر من المشتري من أصله أو من حين فسخه ؟

والصحيح أنه يرجع ببدلها ، لأنّ العقد الواقـع عـليها كـان صـحيحاً حـين صدوره ولا وجه لبطلانه وفسخه ، وقد تعرّضنا لذلك تفصيلاً فيما تـقدّم ، والمـقام أعني تعذّر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدّم في محله من أنّ الفسخ بعد انتقال العين إلى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضي إلّا الرجوع ببدلها فراجع(١).

الجهة الثانية : أنّ الشرط إذا تعذّر وخرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافٍ لمقتضى الشرط كما إذا اشترط عليه بيعه من زيد وهو بـاعه مـن عمرو ، أو اشترط عليه وقفه وهو باعه وهكذا ممّا يكون منافياً للاشتراط ، فـهل العقد الواقع على المال صحيح حينئذ مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل ، أو

---

(١) سيأتي في الصفحة ١٨١ .

يفصّل فيه بين ما إذا قلنا بأنّ الاشتراط لا يقتضي إلّا مجرد حكم تكليفي محض أعني وجوب الوفاء بالشرط فقط من دون أن يوجد ذلك حقّاً للمشروط له على المشروط عليه، أو أنكرنا وجوب الوفاء بالشرط أصلاً كما ذهب إليه الشهيد (قدّس سرّه)[١] فضلاً عن كونه موجباً للحق، وبين ما إذا قلنا بأنّ الشرط يقتضي حقاً للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم في الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذي هو مخالف لمقتضى العقد، لأنه لا يستلزم حينئذ إلّا مجرد المخالفة للحكم الشرعي بوجوب الوفاء وأمّا عقده فصحيح، ونلتزم في الثاني بالبطلان إذا لم يسبقه الاذن من المشروط له ولم تلحقه إجازة منه لأنه حينئذ بيع شيء تعلّق عليه حق الغير وبيعه باطل، وأمّا إذا سبقه إذنه أو لحقته إجازته فالعقد أيضاً صحيح، وهذا هو الذي ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه).

وربما يفصل في المقام بتفصيل آخر وهو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له فالعقد يصح وبين لحوقه باجازته أي المشروط له فيبطل، بدعوى أنّ العقد إذا سبقه إذن من له الحق فقد وقع صحيحاً عند إسناده إلى العاقد، وأمّا إذا وقع بلا إذنه حين إسناده إلى عاقده ثم لحقته الاجازة فلا محالة يقع فاسداً، لأنه عقد واحد شخصي قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصحة بالاضافة إلى نفس ذلك العاقد بعد ذلك، والعقد باستمرار الزمان لا يكون متعدّداً.

وقد تقدّم[٢] هذا التفصيل من الشيخ أسد الله التستري في بيع الفضولي حيث فصّل في تصحيح العقد الأول بالاجازة المتأخّرة بين العقد الفضولي المصطلح أعني

---

(١) الروضة البهيّة ٣ : ٥٠٦، الدروس ٣ : ٢١٦.

(٢) لاحظ المجلّد الثاني من هذا الكتاب الصفحة ١٤ وما بعدها.

ما إذا كان العاقد غير من ينسب إليه العقد بالاجازة ، وبين مثل تزويج بنت اُخت الزوجة أو بنت أخي الزوجة ممّا يكون العاقد الفضولي فيه هو المنتسب إليه العقد بالاجازة ، فالتزم في مثل ذلك بصحة العقد المذكور فيما إذا سبقه الإذن من الزوجة وبالبطلان فيما إذا لم يسبقه الإذن ، سواء لحقته الاجازة أم لم تلحقه ، وذلك من جهة أنّ العقد حين صدوره من العاقد إذا حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته فلا يمكن أن ينقلب إلى الصحة بالاجازة المتأخّرة بالاضافة إلى ذلك العاقد ، لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد بالاضافة إلى العاقد فلا يتّصف بالصحة بالاضافة إليه أبداً ، والعقد الواحد لا يتعدّد بحسب الأزمنة ، وهذا بخلاف الاجازة في الفضولي المصطلح لأنّ العقد وإن اتّصف بالبطلان بالاضافة إلى العاقد إلّا أنه لا مانع من اتّصافه بالصحة بالاضافة إلى المالك إذا أجاز ، لأنه لم ينسب إليه قبل إجازته ليحكم بصحته له أو بفساده ، بل ينسب إليه باجازته ويحكم بصحته له من حين الانتساب .

هذا ما فصّله الشيخ أسد الله التستري هناك ، والتفصيل المذكور في المقام هو عين هذا التفصيل الذي نقلناه عن الشيخ المذكور ، وقد أجبنا عمّا فصّله الشيخ المتقدّم هناك بوجوه منها : أنّ مقتضى الأخبار(١) الواردة في صحة تزويج العبد بدون إذن مولاه إذا أجازه بعد تزويجه معلّلاً بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده ، عدم الفرق في صحة العقد الصادر فضولياً بالاجازة المتأخّرة بين الفضولي المصطلح وتزوّج بنت اُخت الزوجة أو بنت أخيها ، وذلك لأنّ الأخبار المذكورة تعطي ضابطة كلّية في صحة العقد الفضولي بالاجازة المتأخّرة ، وهي أنّ العقد الصادر الفضولي إن كان معصية وضعية لله تعالى فهو باطل ولا ينقلب إلى الجواز ، وأمّا إذا لم

---

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٢٤ ح١ .

يكن معصية لله تعالى فتصح بالاجازة المتأخّرة لأنه كان معصية ومخالفة لذلك المجيز فإذا رضي به وأجازه جاز ، وفي العقد المذكور أيضاً إذا رضيت الزوجة وأجازت عقد بنت أخيها أو بنت أُختها جاز ، لأنه لم يكن معصية لله تعالى وإنما كان معصية للزوجة ومخالفاً لحقّها فإذا جازت جاز فهذا التفصيل ساقط ، وأمّا دعوى البطلان مطلقاً فلعلّها من جهة أنّ العقد حينئذ منهي عنه لأنه منافٍ للوفاء بالشرط الواجب والنهي في المعاملات يوجب الفساد .

ويرد عليه وجوه الأول : أنه ليس في المقام نهي مولوي شرعي عن بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه ، إذ لم يرد عنه نهي وإنما أُمر ببيعه ممّن اشترط بيعه منه وهو لا يقتضي النهي عن بيعه من غيره إلّا على القول بأنّ الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضدّه وهو ممنوع .

الثاني : هب أنّ بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهي ولو من جهة اقتضاء الأمر بالشيء للنهي عن ضدّه إلّا أنّا ذكرنا في محله(١) أنّ النهي في المعاملات لا يقتضي فسادها مطلقاً سواء تعلّق بالسبب أو بالمسبّب أو بالتسبّب .

والثالث : أنّا لو سلّمنا أنّ العقد المذكور منهي عنه شرعاً وسلّمنا أنّ النهي في المعاملات يوجب الفساد ولكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد المذكور مطلقاً لأنه إذا رضي به المشروط له إذناً أو اجازة فلا محالة يرتفع النهي عنه ، إذ النهي ليس إلّا من جهة حق المشروط له وليس نهياً ذاتياً فإذا أسقط حقّه ارتفع النهي ، فدعوى البطلان مطلقاً لا يرجع إلى وجه صحيح .

ومن ذلك يظهر أنّ التفصيل بين كون الوجوب تكليفياً محضاً أو كونه حقيّاً كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ الوفاء بالشرط

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦) : ١٦٤ فما بعدها .

ولو قلنا إنه من جهة ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه إلّا أنّ هذا الحق لا يتعلّق بالمال والعين وإنما يتعلّق على العقد فلا يكون بيعه بيعاً لمتعلّق حق الغير وليس المقام من قبيل بيع العين المرهونة التي تعلّق عليها حق الغير سيّما مع ملاحظة أنّ الخيار مستقل في المقام ، فلا وجه للتفصيل بين الصورتين إذ في كليهما يكون بيعه مضادّاً لما يجب عليه الوفاء به تكليفاً أو حقّياً وبذلك يثبت للمشروط له الخيار من دون أن يستلزم بطلان العقد أبداً ، فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقاً ، ويشمله عمومات حلّ البيع والوفاء بالعقود ولكن للمشروط له الخيار ولا وجه للبطلان .

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام ، لأنّ البحث في تعذّر الشرط ببيع المشروط عليه من غير من اشترط بيعه منه مثلاً ، فإذا فرضنا أنّ بيعه باطل والعين لم ينتقل من ملكه فالشرط غير متعذّر لأنه يتمكّن من أن يبيعه ممّن اشترط بيعه منه حينئذ والكلام في تعذّر الشرط وهذا بخلاف ما إذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه حينئذ يكون داخلاً في تعذّر الشرط الذي هو محل الكلام في الجهة الخامسة في عنوان كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا أنه إذا كان المشروط عليه متمكّناً من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو بشرائه منه ثانياً ، وجب عليه ذلك وأُلزم عليه بمقتضى الاشتراط ، فيفسخ عقده إن تمكّن أو يشتريه ممّن باعه منه ثانياً ويصرفه في محله .

وهذه الصورة لابدّ من إخراجها عن محل الكلام وفرض البحث فيما إذا لم يتمكّن المشروط عليه من إرجاع العين إلى ملكه ولو بالشراء حتى يتعذّر عليه الشرط ، فإذا كان الأمر كذلك وقلنا بصحة بيعه فقد تعذّر عليه الشرط ويثبت للمشروط له الخيار فهو إن أمضى عقده أي عقد نفسه فهو ولا كلام ، وأمّا إذا فسخ عقده فهل يرجع إلى بدل عينه أو يرجع إلى نفسها بفسخ العقد الواقع عليها من

أصله أو من حين الفسخ ؟

وجوه قدّمنا صحيحها ولا مزية له على ما تقدّم إلّا في أنّ العلّامة (قدّس سرّه)[١] ذكر في هذه المسألة أنه إذا فسخ المشروط له يرجع بنفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه إلّا فيما إذا كان الواقع عليها هو العتق فإنه حينئذ يرجع بقيمتها لا نفسها بفسخ العتق ، لأنّ العتق مبني على التغليب .

وهذا الكلام من العلّامة (قدّس سرّه) ممّا لم يفهم له معنى محصّلاً أبداً ، لأنّ معنى بناء العتق على التغليب هو أنّ العبد إذا أُعتق منه جزء يسري الحرية إلى جميع أجزائه ومنه ضمان أحد الشريكين لحصة شريكه في العبد إذا أُعتق نصفه أي حصة نفسه ، ولكنّه لمّا كان سبباً لحرية نصفه الآخر أيضاً يضمن لشريكه قيمة ذلك النصف وهذا معنى غلبة الحرية والعتق ، لا أنّ معناه أنه إذا أعتق ملك الغير يكون هذا موجباً لحريته والمفروض أنّ فسخ المشروط له يكشف عن أنّ عتق المشروط عليه وقع في غير ملكه فيبطل .

فالصحيح ما ذكرناه من صحة العقد مطلقاً وللمشروط له الخيار وأنه إذا فسخ يرجع ببدل العين مطلقاً ، لأنّ العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله ووقع في محله ولا وجه لبطلانه . بقيت هناك مسألة أنّ الخيار لا يسقط بالتصرف في العين ونتعرّض لها في العنوان الآتي إن شاء الله تعالى .

الجهة الثالثة ممّا تعرّض له شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] في المقام : هو أنّ للمشروط له إسقاط شرطه .

قد استفدنا من القرائن الداخلية والخارجية أنّ وجوب الوفاء بالشرط ليس

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٧٠ .

(٢) المكاسب ٦ : ٧٩ .

من الأحكام المجعولة لله تعالى ابتداء فإنه ليس من الأحكام الأوّلية وإنما هو من جهة حقّ المشروط له الثابت بالاشتراط نظير وجوب الأداء في الدين فإنه من جهة ملاحظة حقّ الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع ، وقد عرفت أنّ الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء أيضاً ، وعليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقّه ، إذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط ، وهذا أمر ظاهر .

إلّا أنّ ذلك وقع مورد الخلاف بين الاعلام في شرط العتق ، وقد ذهب جماعة إلى عدم سقوطه بالاسقاط فإذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه ، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع إسقاطه المشروط له أيضاً ، وذلك من جهة أنّ في شرط العتق ثلاثة حقوق حق للمشروط له وحق لله تعالى وحق العبد ، وإذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقّين الآخرين ، ومن هنا قالوا إنّ إسقاط الشرط في العتق لا يوجب السقوط ، هذا .

ولا يخفى أنّ كون العتق حقّاً لله تعالى وللعبد ممّا لا يرجع إلى محصّل كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لأنه إن أُريد من كونه حقّاً لله تعالى أنه أمر محبوب قد ندب إليه الشرع ، فهو وإن كان كذلك إلّا أنه لا يستلزم الحق ولا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استحبابي ، وإلّا فمحبوبية العتق لله لا يختص بصورة الاشتراط فقط لأنه محبوب على كل حال ، ولازمه وجوب العتق ولو مع عدم الاشتراط ، وهو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلاً عن أن يكون حقّاً .

وإن أُريد من كونه حقاً لله تعالى أنه أمر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حقّ للشارط حينئذ ، وهو أيضاً صحيح إلّا أنه مشترك بين شرط العتق وغيره من الشروط ، فماذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره .

وأمّا أنه حقّ العبد ففيه : أنّ اشتراط العتق لا يوجب حقّاً للعبد على المشروط عليه وليس له المطالبة بذلك أبداً كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه إذا نذر شيئاً على الفقراء أو غيرهم فليس للفقراء مطالبة الناذر بالوفاء بالنذر .

وإن اُريد بذلك أنّ العبد ينتفع بعتقه وإليه يرجع نفعه ، ففيه أنّ رجوع المنفعة إليه لا يوجب الاستحقاق ، إذ هو نظير ما إذا اشترط في ضمن العقد أن يهب لثالث مالاً أو يبيعه منه بأنقص من ثمنه فإنّهما يوجبان رجوع النفع إلى الثالث إلّا أنه لا يوجب الاستحقاق كما هو ظاهر . وعليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق وشرط غيره في سقوطه بالاسقاط .

ثم إنّ إسقاط الشرط والحق تارةً يكون باللفظ واُخرى يكون بالفعل ، وهذا الأمر وإن تعرّض له شيخنا الأنصاري في الأمر المتقدّم إلّا أنّ المناسب له ذكره في هذا الأمر ، فإذا تصرّف المشروط له أو عمل عملاً علمنا به أنه يسقط بذلك حقه فلا كلام في سقوطه به ، وأمّا إذا لم يدلّ عمله على إسقاطه فلا دليل على أنّ مجرد التصرف أو العمل يوجب السقوط اللهم إلّا فيما دلّ الدليل على كونه موجباً للسقوط كما دلّ على أنّ التقبيل واللمس ونحوهما يسقطان الخيار في خيار الحيوان ، إلّا أنّ التعدّي من مورد النصّ إلى غيره غير ممكن ، ففيما لم يقم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدّمنا تفصيل ذلك في الأبحاث المتقدّمة فليراجع .

الجهة الرابعة ممّا ذكره شيخنا الأنصاري(١) في حكم الشرط الصحيح أخيراً : هو أنّ الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما في شرط الخياطة والكتابة وغيرهما من الأوصاف والأفعال ، واُخرى يكون الشرط من قبيل الكم متّصلاً أو

---

(١) المكاسب ٦ : ٨١ .

منفصلاً ، والأول كما إذا باع الثوب على أنه عشرة أذرع والأرض مائة متر ، والثاني كما إذا باع ما في الكيس من الجوز على أنه مائة عدد .

ولا إشكال في أنّ تخلّف الشرط في القسم الأول لا يوجب إلّا الخيار ، وأمّا الامضاء مع المطالبة بالأرش وبما يخصه من الثمن فلا ، لأنّ الثمن إنما يقع في مقابل ذات المبيع ولا يقع في مقابل الشرط أبداً ولو كان الشرط في نفسه أمراً متحوّلاً كما في الخياطة على ما تقدّم .

وأمّا إذا تخلّف الشرط في القسم الثاني فأيضاً لا خلاف بينهم في ثبوت الخيار بذلك للمشروط له إلّا أنه وقع الخلاف بينهم في أنه يتمكّن من أخذ الأرش وما يخص الشرط من الثمن إذا أمضاه أو أنه كالقسم الأول لا يوجب إلّا الفسخ أو الامضاء مجاناً ولا يتمكّن من أخذ الأرش بوجه ، وربما قيل بجواز أخذ الأرش في هذا القسم مطلقاً وقيل بعدمه مطلقاً وثالث فصّل بين متساوي الأجزاء ومختلفها بالالتزام بالأرش في الثاني دون الأول ، وهذا من غير فرق بين صورتي التخلّف بالنقصان والتخلّف بالزيادة .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : هو أنّ البيع بشرط الكم يتصوّر بحسب مقام الثبوت على أقسام وصور :

الصورة الأُولى : أن يكون أصل البيع والمعاملة معلّقاً على ذلك الكم كما ربما يعلّق على كيف أو غيره من الأوصاف والأُمور كما إذا صرّح بأن بيعي لهذا الثوب مشروط بأن يكون عشرة أذرع بحيث لو كان أنقص لا يشتريه المشتري ولا يبيعه البائع ، أو صرّح بأنّ بيعي لما في الكيس من الجوز معلّق على أن يكون مائة عدد ولا أبيعه إذا كان أنقص كما لا يشتريه المشتري إذا كان كذلك ، وفي هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل ومع البطلان لا يبقى للنزاع في أنّ له الامضاء مجاناً أو له أن يطالب بالأرش مجال ، إذ البيع باطل وليس له الامضاء ولا الفسخ ولا

المطالبة بشيء لعدم الموضوع والمعاملة وهذا ظاهر .

الصورة الثانية : أن يكون أصل البيع منجّزاً على كل تقدير ولا يكون معلّقاً على شيء ولكن الثمن كان معلّقاً على ذلك الكم المشترط كما إذا اشترى الثوب على كل تقدير إلّا أنه اشترط على البائع أن يكون ثمنه عشرة دراهم إذا كان الثوب عشرة أذرع وتسعة إذا كان تسعة ، فأصل المعاملة غير معلّقة إلّا أنّ كون الثمن عشرة دراهم معلّق على كون الثوب عشرة أذرع وكأنه اشترى الثوب الخارجي كل ذرع بدرهم من دون أن يعلم أنه عشرة أذرع أو أقل أو أكثر ، وقد تقدّم في بيع صاع من الصبرة أنّ هذه المعاملة صحيحة ولا غرر فيها بوجه ، لأنّ الثمن بمقدار المثمن إن كان زائداً فزائد وإن كان ناقصاً فناقص ولا خطر في هذه المعاملة أصلاً ، والعلم بما في الصبرة أو بذرع الثوب قبل قبضه وتسليمه غير معتبر لأنه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما ، فالمعاملة صحيحة في هذه الصورة ويثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع لأنه صرّح بأن يكون له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع مع كون الثمن بمقدار المثمن كل ذرع بدرهم .

وبالجملة : أنه اشترط في هذه الصورة أمران : أحدهما أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقّق الكم المشترط . وثانيهما : أن يكون كل ذرع بدرهم أي كون الثمن بقدر المثمن ، فإذا ظهر المبيع ناقصاً عن الكم المشروط في هذه الصورة فيثبت للمشروط له الخيار ، كما أنّ الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة أذرع كان ثمنه عشرة دراهم وحيث إنه تسعة أذرع فقيمته تسعة دراهم حسب الاشتراط ولكن لا يبقى في هذه الصورة مجال لامضاء العقد بتمام الثمن أي بلا أخذ الأرش كما هو أحد أطراف الاحتمال في المقام فإنه صرّح بأنه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم بل ثمنه تسعة بمقدار المبيع ، فالامضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص في المبيع لا يجري في هذه الصورة .

الصورة الثالثة : ما إذا كان كل من البيع والثمن غير معلّقين وكلاهما منجّزان على كل تقدير كما إذا اشترى الثوب بعشرة دراهم على كل حال ظهر ناقصاً أو غير ناقص ، فهذا الموجود اشتراه بهذا الثمن المعيّن وإن كان لا يدري أنّ المثمن عشرة أذرع أو أقل إلّا أنه اشترط على البائع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص في المبيع وعدم كونه عشرة أذرع ، والمعاملة في هذه الصورة صحيحة أيضاً ، والعلم بمقدار المبيع ممّا لا دليل على اعتباره في غير المكيل والموزون إلّا من جهة استلزام الجهل بمقداره الغرر وهو قد يلزم وقد لا يلزم ، فيلزم إذا لم يجعل لنفسه الخيار دون ما إذا جعله لنفسه فإنه لا خطر في المعاملة حينئذ لأنه إذا ظهر ناقصاً فله أن يفسخ العقد كما هو المفروض ، نعم في خصوص المكيل والموزون يعتبر العلم بمقدارهما وإن لم يستلزم الجهل بمقدارهما الغرر إلّا أنه للنصّ كما مرّ في محله تفصيل ذلك فراجع[1].

وفي هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص في المبيع ، وله أن يمضي العقد بتمام الثمن أيضاً ، إلّا أنه لا يتمكّن في هذه الصورة من إمضائه مع المطالبة بالأرش وقيمة الناقص لأنه بلا موجب ، إذ المفروض أنّ المعاملة وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال إمضائه مع الأرش الذي هو أحد الاحتمالات في المسألة غير جارٍ في المقام ، فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكورة في صورة واحدة .

ومنه يظهر أنّ موردي النفي والاثبات في كلمات الأصحاب متعدّد ، ومعه يكون النزاع لفظياً ، لأنّ من يقول بجواز الامضاء مع المطالبة بالأرش نظره إلى الصورة الثانية كما أنّ من أنكر الامضاء مع الأرش ولم يجوّز أخذ الأرش فنظره إلى الصورة الثالثة وهما مختلفان فالنزاع لفظي ، هذا كلّه بحسب مقام الثبوت .

---

(١) راجع المجلّد الثاني من هذا الكتاب ص ٣٦٤ .

وأمّا في مقام الاثبات فيما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة أذرع ، فإن أرجعنا قوله « على ... » يعني الشرط والتعليق إلى أمرين أحدهما التزامه بالمعاملة الذي معناه الخيار ، وثانيهما أنّ هذه العشرة فيما إذا كان الثوب عشرة أذرع أي أرجعناه إلى الثمن ليكون من التعليق في الثمن وكأنّه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره شيخنا الأنصاري من أنّ له الامضاء مع المطالبة بالأرش وقيمة النقص .

وبعبارة أُخرى : تكون المعاملة حينئذ من قبيل الصورة الثانية التي يكون التعليق فيها تعليقاً لأمرين أحدهما الالتزام بالمعاملة الذي نتيجته الخيار على تقدير التخلّف ، وثانيهما كون الثمن عشرة دراهم بمعنى أنّ كون الثمن عشرة دراهم معلّق على كون المبيع عشرة أذرع فإن لم يكن كذلك فالثمن أيضاً لا يكون عشرة دراهم بل بالنسبة ، فلا يبقى لما ذكره جامع المقاصد[1] من الامضاء بلا مطالبة الأرش مجال ، لأنه من التعليق في الثمن كما مرّ .

وأمّا إذا أرجعناه أي قوله على ... إلى خصوص الالتزام بالمعاملة فقط ـ لا إليه وإلى كون الثمن عشرة دراهم ـ الراجع إلى الصورة الثالثة ، فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار وله الفسخ والامضاء من دون مطالبة الأرش لأنه باع الثوب بعشرة دراهم بلا تعليق .

ولكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفي من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقّق الثاني من أنه يرجع إلى الالتزام بالمعاملة فقط وبعدمه يثبت له الخيار[2] لا

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٤٢٨ .

(٢) ولذا قال بأنّ الاشارة مقدّمة على العنوان بمعنى أنه أشار إلى الموجود الخارجي وقال بعتكه بكذا ، فالموجود بيع في مقابل الثمن المعيّن كائناً ما كانا .

أنه يرجع إلى أمرين أحدهما الالتزام وثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق في الثمن ، لأنه وإن كان أمراً ممكناً كما ذكرناه إلّا أنه يحتاج إلى التصريح بـه في مـقام الاثبات ، ومجرد الظهور اللفظي والتعليق لا يكفي فيه لأنّ ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعاملة لا أنه تعليق فيه وفي الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفي ، فما أفاده شيخنا الأنصاري لا يمكن المساعدة عليه ، هذا كلّه في طرف ظهور النقص .

وكذا الحال فيما إذا ظهرت الزيادة لأنّ البائع تارةً يعلّق أصل بيعه على أن لا يكون زائداً على عشرة أمتار في بيع الأرض مثلاً وقد عرفت أنه باطل ولا يجري فيه هذا النزاع أي الامضاء مجّاناً أو مع مطالبة الأرش ، وأُخـرى يـعلّق التزامـه بالمعاملة على كونه عشرة أذرع كما يعلّق كون ثمنها عشرة دراهم على كون الأرض عشرة أذرع وكأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم وعند التخلّف يثبت له الخيار وله أن يفسخ المعاملة في العشرة أذرع المبيعة لأنه له الخيار كما أنّ الزيادة باقية في ملكه على تقدير الامضاء (لأنّ الفرض التخلّف بالزيادة) وثالثة يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجّزاً ولكنّه يجعل لنفسه الخيار على تقدير كونها زائدة على عشرة أذرع وحينئذ عند التخلّف يثبت له الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له ، لأنّ الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشرة دراهم ، هذا بحسب مقام الثبوت .

وأمّا في مقام الاثبات فـإن أرجـعنا التـعليق إلى أمـرين أحـدهما الالتزام بالمعاملة ، وثانيهما كون ثمنه عشرة دراهم أي كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدّم أعني كون ثمنه عشرة دراهم معلّق على كون الأرض عشرة أذرع فإن زاد يزيد وإن نقص ينقص الذي هو الصورة الثانية ، فيثبت له الخيار مع مطالبة الزائد كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وإن أرجعناه إلى خصوص الالتزام الذي هو الصورة الثالثة فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكره جامع المقاصد (رحمه الله) وقد عرفت أنّ الظهور اللفظي على طبق ما ذكره جامع المقاصد .

وعليه فالظاهر أنّ تخلّف الشرط في الكم في جميع صوره الأربعة أعني متوافق الأجزاء كما في الثوب ومختلف الأجزاء كما في الأرض لجودة بعضها ورداءة بعضها الآخر أو الدار لاختلاف أجزائها ، كان التخلّف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب إلّا الخيار ولا يجوز مطالبة الارش معه ، لأنّ التعليق بحسب المتفاهم العرفي يرجع إلى الالتزام بالمعاملة ونتيجته الخيار ولا يرونه راجعاً إلى كون المثمن عشرة أذرع الذي نتيجته تعليق الثمن وكون الثمن بقدر المثمن .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في الجواب عن ذلك بأنّا لا ننكر أنّ البيع على أنه عشرة أذرع بيع مع الاشتراط إلّا أنّا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال ولا يقسّط الثمن عليه فهو لا يرجع إلى محصّل ، لأنّ فرض كون التعليق المذكور شرطاً فرض عدم وقوع المال في مقابله وكون شيء شرطاً مع كونه مقابلاً بالمال ممّا لا يجتمعان ، فالحقّ ما أفاده جامع المقاصد كما تقدّم .

الكلام في حكم الشرط الفاسد

والكلام فيه يقع في أُمور كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1]:

الأمر الأول: لا إشكال في أنّ الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به ولا الزام بفعله شرعاً، لأنه معنى الفساد في مقابل الصحة والالزام به، فمعنى أنه فاسد أنه لا إلزام بفعله ولا يجب على المكلّف أن يفي به، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له، نعم إذا كان الشرط الفاسد في نفسه مشروعاً لا مانع من أن يأتي به المشروط عليه، لأنه وعده وهذا ظاهر.

وينبغي أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذي لم يدلّ دليل من إجماع أو نصّ على فساد العقد بفساد شرطه، أو دلّ على صحته مع فساد شرطه، فالكلام في الشرط الفاسد إذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه، وعليه فمثل بيع الخشب مشروطاً بأن يجعله المشتري صنماً خارج عن محل الكلام، لأنّ فساد العقد في مثله لأجل النصوص، بل بطلان البيع المذكور غير مستند إلى الاشتراط لأنه باطل حتى في صورة عدم اشتراطه فيما إذا علم أنه يجعله صنماً كما تقدّم ذلك في محله[2] وذكر هناك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ النصّ هو الفارق بين بيع

---

(١) المكاسب ٦: ٨٩.

(٢) لاحظ مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥): ٢٦٧ وما بعدها.

الخشب ممّن يعلم أنه يجعله صنماً وبيع العنب ممّن يعلم أنه يجعله خمراً حيث إنّ الأول باطل والثاني صحيح ، ولا فرق بينهما إلّا ورود النص في الأول على بطلانه دون الثاني كما هو ظاهر ، وكذا البيع مشروطاً ببيعه من البائع ثانياً فإنه وإن كان باطلاً إلّا أنه من جهة دلالة الأخبار على بطلانه وهي الأخبار المعنونة بأخبار العينة[١] وإلّا فالشرط أعني البيع ثانياً صحيح في نفسه ومن هنا لو اشترط بيعه من شخص آخر تصح بلا كلام لأنه من قبيل شرط فعل سائغ في نفسه ، وإنما دلّت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أنّ الشرط فسد وأوجب فساد المشروط ولعلّه ظاهر ، فهذه الموارد خارجة عن محل الكلام .

كما أنّ الشرط الفاسد إذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكويناً يكون خارجاً عن محل الكلام[٢] كما إذا اشترى شيئاً واشترط عليه عمارة داره ولا يدري أنّ داره وسيعة أو ساحتها ضيّقة وهو يوجب اختلاف القيمة لا محالة وتكون المعاملة غررية بالوجدان لأنه أمر خطري لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مصارف العمارة ، وكما إذا باع واشترط أن يكون ما في كيس المشتري من المال له مع عدم علمه بمقدار ما في الكيس فيكون البيع فاسداً في نفسه لفقد شرط من شروطه وهو عدم كونه غررياً ، والبطلان في هذه الصورة مستند إلى فقد شروط صحة البيع في نفسه ، وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام .

ومن هذا القبيل أيضاً ما إذا اشترط الخيار في عقد النكاح فإنّ الفقهاء (قدّس سرّهم) ذهبوا إلى أنه يوجب فساد النكاح ولم يبيّنوا وجه بطلانه أي بطلان النكاح

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٤ ، ٦ .

(٢) وسيأتي تعميم لهذا الكلام في الصفحة الآتية فانتظر .

وقد ذكرنا الوجه في ذلك سابقاً وأشرنا إليه في حواشينا على كتاب العروة[1] وملخّصه : أنّ الأدلّة دلّت على أنّ النكاح لا يخلو من أحد قسمين لأنه إمّا دائمي أو موقّت بوقت مضبوط ويعبّر عنه بالانقطاع والتمتّع كتوقيته بشهر أو شهرين ونحوهما ، وقد عرفت أنّ معنى جعل الخيار في معاملة تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأنّ الاهمال في الواقع غير معقول ، فالمنشأ للمتعاقدين إمّا هو الملكية أو الزوجية على نحو الاطلاق ، وإمّا هو الملكية أو الزوجية المقيّدة بوقت أو بشيء ، ومعنى جعل الخيار أنّ المنشأ ليس هو الملكية المطلقة بل الملكية الموقّتة بزمان الفسخ أو الزوجية الموقّتة بزمان فسخها ، وحيث إنّ أصل الفسخ وزمانه غير معيّنين فيكون جعل الخيار في عقد النكاح إنشاء للزوجية الانقطاعية المقيّدة بوقت غير معلوم ، وقد عرفت أنّ النكاح لا يخلو عن أحد القسمين فإنه إمّا استمراري ودائمي وإمّا موقّت بوقت مضبوط ولا ثالث لهما ، فالموقّت بوقت غير معلوم باطل ، فالشرط في هذه الصورة قد أوجب فقد شرط من شروط صحة النكاح أعني التوقيت بوقت مضبوط ، وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام .

فالبحث متمحّض في الشرط الفاسد الذي لا يدلّ دليل على بطلان العقد معه ولا يوجب فقد شرط من شروط صحة العقد تكويناً ، فالكلام يقع في أنه هل يوجب سراية الفساد إلى المشروط أو لا ؟ وهذا كما إذا اشترط في ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجباً ، فهل فساد الشرط في المثالين يوجب فساد العقد أو لا ؟

الصحيح أنّ الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبداً وفاقاً للمحقّقين

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٦٣٨ المسألة [٣٨٥٥] .

من المتأخرين كالعلّامة[١] والشهيدين[٢] والمحقّق الثاني[٣] خلافاً لبعض المتقدّمين كالشيخ[٤] ومن تبعه ، والوجه في ذلك أنّ الشرط غير راجع إلى تعليق أصل المعاملة بوجوده وإلّا لكانت المعاملة باطلة في نفسها كان شرطها فاسداً أم لم يكن لأنّ التعليق في العقد يوجب البطلان ، بل الشرط الذي بمعنى الربط يربط شيئين آخرين في كل معاملة فإنه يستلزم تعليق أصل المعاملة بالتزام الطرف بالشرط في شرط الأفعال الاختيارية ، ومنه يظهر حال شرط النتيجة أيضاً بحيث لولا التزامه به فعلاً فلا بيع بينهما أصلاً ، ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل وهما يعلمان بوجوده ، فالمعاملة تتحقّق بتحقّق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلاً ببيعه على إيجاد المشروط عليه الشرط خارجاً ، بل ربما يصرّح بأنّك إن لم تأت بكذا فلا ألتزم بالمعاملة ، وهذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم إيجاد المشروط عليه ما وجب في حقّه .

وعليه فإذا باعه شيئاً بشرط أن يرتكب محرّماً أو يترك واجباً فقد علّق أصل بيعه على التزام المشروط عليه بذلك المحرّم كما علّق التزامه به بإيجاده ذلك المحرّم في الخارج ، فإذا التزم المشروط عليه بذلك المحرّم عصياناً أو غفلة عن أنه حرام أو جهلاً بالموضوع كما إذا اشترط عليه شرب مائع مخصوص والتزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محالة تكون المعاملة صحيحة لحصول ما علّقت عليه وهو التزام الطرف بالحرام ، وشرط الالتزام بالحرام في المعاملة ليس شرطاً مخالفاً للكتاب ولا للسنّة

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٣٥٣ .

(٢) راجع الدروس ٣ : ٢١٤ ، المسالك ٣ : ٢٧٣ .

(٣) جامع المقاصد ٤ : ٤٣١ .

(٤) المبسوط ٢ : ١٤٨ ـ ١٤٩ .

فلا حرمة فيه وهو شرط سائغ ، وحيث إنه حاصل بالفعل فالمعاملة متحقّقة ويشملها العمومات لا محالة ، فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعاً موجباً لبطلان المعاملة لأنها لم يعلّق على وجود الشرط في الخارج حتى ينتفي بانتفائه وإنما علّقت على التزام المشروط عليه بالشرط ، والمفروض أنّ الالتزام به حاصل فالمعاملة متحقّقة ولا وجه لبطلانها .

إلى هنا تحصّل أنّ المقتضي لصحّة المعاملة موجود فلابدّ من ملاحظة أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضاً .

تتميم : قد عرفت أنّ الشرط إذا أوجب فقد شرط من شروط العقد تكويناً فلا محالة يوجب فساد العقد إلّا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثلته ، ومن ذلك ما إذا شرط أمراً مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا شرط عدم التملّك في البيع فإنّ هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محالة ، والبيع لا مع القصد باطل لانتفاء شرطه وهو القصد ، وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام .

وذكر شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] أنه إذا باع شيئاً واشترط عليه أن يصرفه في أمر حرام كما إذا باعه العنب واشترط عليه أن يصرفه في الخمر يكون ذلك الشرط موجباً لفقد شرط صحة البيع وبه نخرج عن محل الكلام ، والوجه في ذلك أنّ المبيع حينئذ ممّا لا منفعة محلّلة مقصودة فيه فيفسد بيعه لأنّ الانتفاع منه بجعله خمراً قد حرّمه الشارع وألغاه ، والانتفاع به في غيره من الأُمور المحلّلة ممّا اشترط البائع عدمه على المشتري ، وعليه فلا منفعة محلّلة مقصودة للمال فيفسد بيعه ، ونظيره ما إذا باعه شيئاً واشترط عليه أن يقامر به وتقريبه ظاهر ، هذا .

ولكن الأمر ليس كذلك ، لأنّ الاشتراط المذكور إن كان ممضى شرعاً كما إذا

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٧١ .

أمضاه الشارع وأنفذه فهو يدلّ على جواز صرفه في المورد المذكور لأنه ممّا أمضاه الشارع أي ألزمه على أن يصرفه فيه وهو من المنافع المقصودة المحلّلة بـالامضاء وإن لم يتعلّق عليه الامضاء شرعاً فهو ساقط ولا اعتبار به بمعنى أنّ المشتري له أن يصرفه في غير مورد الاشتراط ، لأنّ شرط عدم صرفه في غير مورد الشرط وقع فاسداً ، وعلى كل حال لا يستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحّة البيع فهذا الاشتراط داخل في محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسدة . نعم كبرى المسألة كما عرفتها تامّة لأنّ كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحة البيع فهو يفسد العقد ويخرج عن محل الكلام وإن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تامّ ، فالبحث متمحّض في الشرط الفاسد في نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط في أصل المعاملة كما عرفت ، فلنرجع إلى ما كنّا بصدده .

ثم إنّ الوجوه التي استدلّ بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة :

الأول : أنّ للشرط قسطاً من الثمن لا محالة ، فإذا صح الاشتراط فلا إشكال لوقوع مجموع الثمن في مقابل مجموع المثمن وهما معلومان ، وأمّا إذا فسد الشرط ولم يمض شرعاً فقهراً لا ينتقل إلى البائع مثلاً ما يقع في مقابل الشرط لا محالة ، وحيث إنّ ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع في مقابل ذات المبيع فـتبطل المعاملة .

والجواب عن ذلك ـ مضافاً إلى النقض بالشرط الفاسد في النكاح كما نقضه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ـ أنّ الثمن لا يقع في مقابل الشرط أبداً صحيحاً كان الشرط أم فاسداً ، وإنما يقع المال في مقابل ذات المبيع ، نعم الشروط ممّا يـوجب زيادة القيمة لا أنها تقع في مقابل المال ومن هنا قـلنا إنّ الشرط إذا تـعذّر ثـبت للمشروط له الخيار فقط وليس له مطالبة المشروط عليه بما يقابل الشرط من الثمن وليس هذا إلّا من جهة أنّ الشرط قيد خارجي يوجب زيادة القيمة ولا يقع بازائه

شيء من المال، هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّ ما يقابل الشرط من الثمن فيما إذا قلنا بمقابلته بالمال ليس أمراً مجهولاً بل حاله حال الوصف في أنّ للموصوف بالوصف قيمة ولفاقده قيمة أُخرى وكذا شراء الثوب بشرط الخياطة له قيمة وشرائه بدونها له قيمة أُخرى معلومة عند الناس ولا جهالة فيما يخصّه من الثمن، وهذا ظاهر.

وثالثاً: بعد الغضّ عمّا تقدّم، أنّ المعتبر من العلم بمقدار الثمن والمثمن هو العلم بمقدار مجموعها ولا يعتبر العلم بقيمة كل جزء جزء من المبيع، بل العلم بقيمة مجموع المال كافٍ في صحته، وليكن حال الشرط كالجزء فكما إذا باع مال نفسه ومال غيره بثمن واحد صفقة واحدة ثم ظهر أنّ نصفه للغير لا يكون المعاملة الواقعة على مال نفسه باطلة مع عدم العلم بما يقع في مقابله من الثمن فكذلك المقام، أو إذا باع خمراً وخلاً بقيمة أو شاة وخنزيراً يقع المعاملة في الخل والشاة صحيحة بما يخصّهما من الثمن مع عدم معرفتها بما يخصّهما من المال، فكذا نقول فيما نحن فيه إنّ العلم بقيمة مجموع المبيع والشرط يكفي في صحة المعاملة ولا يشترط في صحتها معرفة ما يخص المبيع من الثمن، فهذا الوجه ساقط.

الوجه الثاني الذي هو المهم في المقام: هو أنّ التراضي المعتبر في المعاملات معلّق على المعاملة مع الاشتراط ولا يرضى البائع بالمعاملة المجرّدة عن الشرط، فإنّ المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجارة لا عن تراضٍ وهو باطل لقوله عزّ من قائل **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾**(١).

والجواب عن ذلك يظهر ممّا أشرنا إليه سابقاً وحاصله: أنّ الرضا المعاملي

---

(١) النساء ٤: ٢٩.

عند الانشاء لم يعلّق على وجود الشرط في الخارج وإلّا لكانت المعاملة باطلة لأنه من التعليق المبطل ، أو لو فرضنا صحة التعليق أيضاً تكون المعاملة باطلة فيما نحن فيه لعدم حصول ما علّق عليه على الفرض والمعلّق ينتفي عند عدم المعلّق عليه لا محالة وهذا من غير فرق بين الشروط الصحيحة والفاسدة ، ولازمه بطلان العقود والايقاعات عند الاشتراط مطلقاً لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلّق عليه إذا قلنا بصحة التعليق مثلاً ، وحيث إنّ العقود والايقاعات لا تبطل عند اشتراط شيء في ضمنها أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أنّ الرضا المعاملي لم يعلّق على وجود الشرط في الخارج وإنّما علّق على الالتزام بإيجاد الشرط في الخارج ، والالتزام بإيجاده لمّا كان حاصلاً عند المعاملة وهما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلاً ، ومن الظاهر أنّ الالتزام بإيجاد الشرط في المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض فتكون المعاملة تامّة ومتحقّقة ، وكون ذلك أمراً محرّماً لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلّق عليه للمعاملة كما هو ظاهر .

نعم ربما يكون البائع بحيث لو كان عالماً بحرمة ذلك الشرط أو كان عالماً بعدم إمضاء الشارع له لما أقدم على المعاملة وإنما أقدم عليها باحتمال أنّ الشارع يمضي الشرط المحرّم في المعاملة تقصيراً أو قصوراً ، إلّا أنّ ذلك من باب تخلّف الدواعي وهو لا يستلزم البطلان وإلّا للزم بطلان المعاملة فيما إذا كان البائع بحيث لو علم بترقّي قيمة المبيع لم يبعه أو لو علم بأنّ المشتري لا يعمل بشرطه أو لا يدفع إليه ثمنه لم يقدم على المعاملة مع إنّ المعاملة في الأمثلة صحيحة غاية الأمر ثبوت الخيار له في بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط وهكذا ، والوجه في ذلك أنّ تخلّف الدواعي لا ربط له بالرضا المعاملي أبداً ، فالرضا موجود لتحقّق ما علّق عليه وهو الالتزام ويشمله عموم ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وغيره من العمومات ، ومعه لا وجه

للبطلان .

ومِمّا ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعية العرفية وبين شرط الفعل أو الوصف أو غيرهما ممّا لا يرجع إلى المثمن أو الثمن ، لأنّ اختلاف الصورة النوعية العرفية وتخلّفها يوجب بطلان المعاملة ، والتعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع ، فإذا باعه عبداً فظهر جارية فالمعاملة باطلة عند العرف لأنّ معنى بعتك هذا العبد أنّي بعتك هذا الموجود على أنه عبد ومشروطاً بأنه كذلك فإذا ظهر جارية فالمعلّق عليه لم يتحقّق في المعاملة فهي باطلة ، إذ العرف يرى كلاً من الجارية والعبد ذاتين متباينتين وأحدهما غير الآخر ، نعم هما بحسب النظر الفلسفي واحد حقيقة واختلافهما اختلاف في وصف عرضي غير ذاتي ، إلّا أنّ المدار في الصحة والبطلان هو تخلّف الصور النوعية العرفية دون الفلسفية ، وهذا بخلاف اشتراط غير الصور النوعية لأنّ تخلّفه لا يوجب البطلان والمعاملة لا تعلّق عليه وإلّا بطلت من رأسها كما هو ظاهر .

الوجه الثالث : الأخبار المسمّاة بأخبار العينة .

وقد تقدّم الجواب عنها آنفاً وسابقاً[١] وحاصل الجواب : أنّ مورد دلالة الدليل على فساد المعاملة عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام ، لأنّ الشرط فيها غير فاسد في نفسه ، إذ البيع من البائع ليس أمراً مخالفاً للكتاب والسنّة فلو سلّمنا دخوله في محل الكلام فهو نصّ ورد في خصوص البيع نسيئة مشروطاً ببيع المشتري له ثانياً نقداً ، فنلتزم ببطلان هذا الشرط وإفساده العقد في مورده أعني خصوص بيع النسيئة ، فمن أحد شرائط صحتها أن لا يشترط فيها بيعه من البائع

---

(١) في الصفحة ٦٧ .

ثانياً ولو مع كون هذا الشرط في نفسه صحيحاً فهو باطل للنص أو لأنه دوري على ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه) فهذه الروايات خارجة عن محل الكلام .

وأمّا رواية عبدالملك(١) الواردة في حكم من يشتري شيئاً ويشترط على البائع أن تكون خسارة المشتري على بائع المال فقال (عليه السلام) « لا ينبغي » فهي أيضاً لا تدلّ على فساد العقد عند فساد شرطه لأنّ قوله « لا ينبغي » لم يعلم أنه راجع إلى أصل هذه المعاملة والبيع أي البيع المذكور ممّا لا ينبغي ، أو أنّ هذا الاشتراط لا ينبغي ، فعلى الثاني يخرج عن محل الكلام لأنه نهي ورد على الشرط ابتداء وساكتة عن بطلان البيع وهو ظاهر ، وعلى الأول تكون دالّة على بطلان العقد بفساد شرطه ، ولكن الرواية لا دلالة لها على أحدهما فهي مجملة لا دلالة فيها على المطلب ، هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ قوله « لا ينبغي » لا يقتضي الفساد وإنما يفيد الكراهة ولا ربط لها بالفساد ، فهب أنّ المعاملة مع الشرط المذكور مكروهة وكلامنا في الصحة والفساد .

وثالثاً : هب أنّ قوله (عليه السلام) « لا ينبغي » نصّ في الفساد والتحريم إلّا أنه لا يقتضي الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقاً ، لأنه نص ورد في مورد خاص وهو البيع بشرط كون خسارة المشتري على البائع ولا نتعدّى عنه إلى غيره .

ورابعاً : أنّ دلالة الرواية على فساد العقد بفساد شرطه مطلقاً أو في موردها يتوقّف على أن يكون المراد من كون خسارة المشتري على البائع ضمان البائع لما يخسره المشتري في بيعه المبيع فإنه أمر على خلاف الكتاب والسنّة ، إذ لا وجه لخسارة أحد وكون الآخر ضامناً لخسارته شرعاً ، وأمّا إذا كان المراد من الاشتراط المذكور شرط جبران خسارة المشتري بمال البائع بأن يكون الشرط شرط فعل

(١) الوسائل ١٨ : ٩٥ / أبواب أحكام العقود ب ٣٥ ح ١ .

وهو أن يعطي البائع مقداراً من ماله للمشتري إذا خسر ، فالرواية تكون خارجة عمّا نحن فيه ، لأنّ الشرط المذكور حينئذ شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبداً حتى يستلزم فساد العقد أيضاً كما ذكرناه سابقاً ، فتكون الرواية أجنبية عن المقام ومعتبرة في خصوص موردها .

إلى هنا تحصّل : أنّ العقد لا يفسد عند فساد شرطه ولا وجه لفساد العقد أبداً ، مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع وعقد وهو صحيح على طبق القاعدة .

وتعضد القاعدة جملة من الأخبار الواردة في صحة العقد عند فساد شرطه فمنها : ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق (عليه السلام) « أنه ذكر أنّ بريدة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقتها فخيّرها رسول الله فقال : إن شاءت قعدت عند زوجها وإن شاءت فارقته وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أنّ لهم ولاءها فقال (صلّى الله عليه وآله) الولاء لمن أعتق »[1] حيث منع (صلّى الله عليه وآله) عن الشرط لفساده ولم يمنع عن أصل البيع المشروط به .

ومنها : مرسلة جميل عن أحدهما « في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث ، قال : يفي بذلك إذا اشترط لهم إلّا الميراث »[2] وهذه الرواية أيضاً دلّت على منعه (عليه السلام) عن شرط عدم الارث مع تصحيحه العقد وسائر الشروط .

وهذه الأخبار وغيرها من الأخبار أيضاً تقتضي صحة العقد عند فساد شرطه وقد عرفت أنّ الصحة هي المطابقة للقاعدة بحيث لم نكن نحتاج معها إلى

(١) الوسائل ٢١ : ١٦١ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب٥٢ ح٢ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٣٠٠ / أبواب المهور ب٤٠ ح٣ .

الأخبار ، ولولا هذه الأخبار أيضاً كنّا نحكم بصحة العقد وعدم سراية الفساد من الشرط إليه ، هذا .

ثم إنه ربما يستدلّ على ما ذكرناه من عدم سراية الفساد من الشرط الفاسد إلى العقد : بأنّ فساد العقد من جهة فساد شرطه أمر مستحيل في مقام الثبوت والوجه فيه : أنّ صحة الشرط بمعنى وجوب الوفاء به متوقّفة على صحة العقد ، إذ وجوب الوفاء بالشرط تابع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنى أنه إنما يكون واجب الوفاء فيما إذا وقع في ضمن عقد صحيح ، وهذا التوقّف ظاهر ولذا قلنا إنّ الشرط غير المذكور في ضمن العقد شرط ابتدائي لا يجب الوفاء به ، وعلى ذلك إذا كان صحة العقد أيضاً متوقّفة على صحة الشرط كما هو معنى كون العقد فاسداً بفساد شرطه لدار ، وهذا ظاهر .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ في هذا الاستدلال ما لا يخفى ، وهو كما أفاده (قدّس سرّه) فإنّ وجوب الوفاء بالشرط وإن كان متوقّفاً على صحة العقد كما عرفت إلّا أنّ صحة العقد لا تتوقّف على وجوب الوفاء بالشرط بل يتوقّف على ملزوم وجوب الوفاء بالشرط ، وملزومه أن لا يكون فاسداً أي أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد ولا يكون مخالفاً للكتاب والسنّة وهكذا ، فما يتوقّف صحة العقد عليه أمر عدمي وهو غير ما يتوقّف على صحة العقد فلا دور ، ولأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) للجواب عنه ، هذا تمام الكلام في بيان صحة العقد عند فساد شرطه .

بقي الكلام في أنه هل يثبت للمشروط له الخيار حينئذ أو لا خيار له ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) احتمالين في المقام :

---

(١) المكاسب ٦ : ١٠٠ .

أحدهما أنّ المشروط له يثبت له الخيار من جهة تعذّر الشرط ، لأنّ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ، وحيث إنّ الشرط ممتنع شرعي لحرمته فهو متعذّر فيثبت له الخيار .

وثانيهما : عدم ثبوت الخيار له لفساد الشرط . ثمّ قوّى الوجه الأول من جهة أنّ الممتنع الشرعي كالممتنع العقلي ، ثمّ رجع عنه أخيراً وبنى على عدم ثبوت الخيار للمشروط له من جهة أنّ مدرك خيار تخلّف الشرط إمّا هو الاجماع وإمّا هو قاعدة لا ضرر فيما إذا لم يكن عالماً ببطلان الشرط وحرمته وإلّا فمع العلم يستند الضرر إلى إقدام نفسه لا إلى لزوم المعاملة وهذا ظاهر .

أمّا الاجماع فهو غير ثابت في المقام لأنّهم ذهبوا إلى فساد العقد بفساد شرطه بل حكي عدم القول بالخيار من أحد من المتقدّمين وأوائل المتأخرين ، فالاجماع غير متحقّق .

وأمّا قاعدة لا ضرر فهي أيضاً لا تجري في المقام ، لأنّ الاعتماد عليها إنما يصح فيما إذا اعتضدت بعمل الأصحاب على طبقها وإلّا فلو اعتمدنا عليها مطلقاً لاستلزم ذلك تأسيس فقه جديد ، لأنّ الضرر المترتّب على جهل المتبايعين بالحكم أو الموضوع كثير فلا يعتمد على القاعدة سيّما إذا لم نفرّق بين الجهل التقصيري والقصوري ، هذا ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولكن الظاهر أنّ الخيار لا مانع عنه في المقام ، وهذا لا لأجل قاعدة لا ضرر بل قدمنا في خيار الغبن أنّ قاعدة لا ضرر لا تكون مستنداً للخيار أصلاً ، بل من جهة نفس اشتراط الخيار في المعاملة ، وذلك لأنّ المتعاملين إذا اشترطا شرطاً في المعاملة فمعناه أنّهما جعلا الملكية المقيّدة بزمان الفسخ دون الملكية المطلقة ، وأدلّة

الامضاء كقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[١] و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] وغيرهما إنّما تمضي العقد على طبق ما أنشأه المتعاقدان، ولا يكون الممضى أوسع من المنشأ ولا أضيق منه دائرة إلّا في بعض الموارد التي قام فيها الدليل على أنّ الممضى أوسع ممّا أنشأه المتعاقدان أو أضيق منه وهذا كما في خياري المجلس والحيوان حيث حكم باللزوم بعد ثلاثة أيام أو بعد الافتراق مع أنّ بناءهما اللزوم من ابتداء الأمر، وكما في بيع الصرف فإنّ المنشأ للمتعاقدين فيه هو الملكية من الابتداء ولكن الشارع أمضى الملكية بعد التقابض.

وأمّا في غير الموارد التي قام فيها الدليل على التوسعة أو التضيّق في دائرة الممضى فلا محالة يكون الممضى هو ما أنشأه المتعاقدان لا أوسع منه ولا أضيق وحيث إنّ المتعاملين قد أنشآ الملكية المقيّدة دون المطلقة فلا محالة تكون أدلّة الامضاء موجبة لامضاء تلك الملكية الموقّتة لا أوسع منها ولا أضيق، ومن الظاهر أنّ المنشأ هو الملكية الموقّتة لأنه معنى اشتراط شيء في المعاملة حيث إنه بمعنى تعليق الالتزام، وإذا كان المنشأ هو الممضى شرعاً فلا محالة ترتفع الملكية عند فسخها لأنها كانت موقّتة بالفسخ وهذا ممّا لا محذور فيه شرعاً، نعم إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجابه الوفاء به في الخارج مرتفع لأنه فاسد ولا يلزمه الشارع بإيجاد المحرّم في الخارج، وأمّا كون المشروط له متمكّناً من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه للحرام أو ترك الواجب فممّا لا مانع عنه أبداً، وهذا نظير ما لو جعلا الخيار لأحدهما من الابتداء عند عدم عمل المشروط عليه بالحرام أو إتيانه الواجب (لا أنه يشترط شيئاً ويكون نتيجته الخيار) فإنه ممّا لم يذهب أحد إلى بطلانه وعدم

---

(١) البقرة ٢ : ٢٧٥.

(٢) المائدة ٥ : ١.

ثبوت الخيار له عند إتيان الواجب أو ترك الحرام ، فالخيار ثابت للمشروط له لا محالة ، وهذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط وحرمته وبين جهلهما وبين جهل أحدهما وعلم الآخر وهذا ظاهر .

ومنه يظهر أنّ هذا الخيار ليس ثابتاً من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذّر من الأول لأنّ الممنوع الشرعي كالممتنع العقلي ، بل إنما يثبت له فيما إذا لم يفِ المشروط عليه بالشرط ولو كان فاسداً ، فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرّم عصياناً فلا يثبت للمشروط له الخيار لأنه إنما جعله على تقدير عدم إتيانه به ولو معصية ، وكون ذلك الفعل محرّماً مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار ، هذا تمام الكلام في الأمر الأول من الأُمور المذكورة في أحكام الشرط الفاسد وقد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد ، وأنه لا يمنع عن صحة العقد ، وأنه يوجب الخيار للمشروط له ، ثم بعد ذلك شرع (قدّس سرّه) في الأمر الثاني من الأُمور المذكورة في أحكام الشرط الفاسد وإنما تعرّضنا لذلك من جهة أنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) على ما في تقريراته ذكر أنّ الأمر الأول في المقام سقط من قلم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وأنّ هذا الأمر الثاني لا أوّل له ، وقد عرفت الأمر الأول فلا اشتباه في القلم .

الأمر الثاني : إذا قلنا بعدم فساد العقد بفساد شرطه وأسقط المشروط له هذا الشرط الفاسد فلا ينبغي الإشكال في أنه يوجب سقوط الخيار على تقدير ثبوته في المقام والمعاملة صحيحة ، لما استفدنا من أدلّة الخيار أنه من الحقوق القابلة للاسقاط لقوله (عليه السلام) في بعض الأخبار « وذلك رضى منه »(٢) الخ .

---

(١) منية الطالب ٣ : ٢٨٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (باختلاف يسير) .

وأمّا إذا قلنا بأنّ العقد يفسد بفساد شرطه ولكن المشتري أسقط الشرط الفاسد بعد اشتراطه فهل يوجب هذا صحة العقد أو أنه لا ينقلب عن فساده ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] في ذلك احتمالين : أحدهما فساد العقد لأنه انعقد باطلاً ولا يرجع إلى الصحة بعد ذلك . وثانيهما : صحة العقد باسقاط الشرط الفاسد من جهة أنّ التراضي وقع على نفس العقد بلا شرطه فيصح .

ونقل عن العلّامة (قدّس سرّه)[٢] التردّد في المسألة واحتمال أن تكون المعاملة موقوفة على رضاهما بها في نفسها بعد إسقاط شرطها ، فإن رضيا بها صحّت وإلّا بطلت .

وأورد عليه : بأنّا لا نعرف وجهاً لايقاف المعاملة بعد إنشائها وانعقادها باطلاً ومعه كيف ينعقد صحيحاً باسقاط شرطها ، وهذا لا يقاس بالرضا والاجازة المتأخّرة أو الإذن السابق في كفايتها في صحة العقد فإنّ الإذن أو الاجازة حينئذ يتعلّقان بالعقد السابق أو اللاحق فيوجبان صحته ، وهذا بخلاف ما إذا تعلّقا بأمر آخر غير ما رضيا به سابقاً وغير ما عقدا عليه فإنه لا يقلب الباطل إلى الصحة .

الأمر الثالث : أنّ المتعاملين إذا تبانيا على شرط فاسد قبل المعاملة إلّا أنّهما لم يذكراه في ضمن العقد لفظاً مع إيقاع المعاملة عليه بالتباني فهل يكون هذا التباني أيضاً موجباً للبطلان فيما إذا قلنا بسراية فساد الشرط إلى العقد أو لا يوجب البطلان ؟ نقل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] وجهين في المسألة ونقل عن

---

(١) المكاسب ٦ : ١٠٢ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٢٥٥ .

(٣) المكاسب ٦ : ١٠٥ .

المسالك[١] كلاماً تركناه لاغلاقه .

والصحيح في المقام أن يقال : إذا قلنا كما قلنا بأنّ ذكر الشرط لفظاً في ضمن العقد غير معتبر في وجوب الوفاء على طبقه بل تبانيهما عليه قبل المعاملة وإيقاعها عليه كافٍ في وجوب الوفاء على طبقه ، فلا محالة يكون التباني نفس الاشتراط فيترتّب عليه ما يترتّب على الشرط الملفوظ في العقد ، فإذا فسد وقلنا بأنه يفسد العقد فلا محالة نلتزم بالإفساد في صورة التباني أيضاً .

وأمّا إذا قلنا إنّ التباني قبل العقد ممّا لا أثر له ولا يجب الوفاء به وأنه ليس بشرط ووجوده كعدمه ، فلا يكون التباني في حكم الاشتراط ولا يرتّب عليه أحكامه ، فإذا كان فاسداً فلا يوجب فساد العقد إذا قلنا بأنّ الشرط الفاسد يفسد العقد ، هذا .

ويمكن أن يقال : إذا قلنا بأنّ التباني كالاشتراط وأنه واجب الوفاء أيضاً ولكن اعتمدنا في إبطال الشرط الفاسد وسرايته إلى العقد على الأخبار كأخبار العينة[٢] وما دلّ[٣] على بطلان البيع بشرط عدم الوضيعة للمشتري ، فلا يكون التباني موجباً للافساد فيما إذا كان فاسداً ، وذلك لانصراف الروايات إلى الاشتراط اللفظي ودلالتها على بطلان المعاملة عند اشتراط عدم الوضيعة أو البيع ثانياً من البائع لفظاً في ضمن العقد ، فلا يشمل صورة التباني على الشرط أصلاً .

وبعبارة أُخرى : إذا قلنا بأنّ فساد العقد عند فساد شرطه على وفق القاعدة ومن جهة قصور المقتضي للصحة حينئذ لأنّ للشرط قسطاً فإذا فسد واُخرج قسطه

---

(١) المسالك ٣ : ٣٠٨ ـ ٣٠٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب٥ ح٤ ، ٦ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٩٥ / أبواب أحكام العقود ب٣٥ ح١ .

يكون الثمن مجهولاً والمعاملة غررية ، أو لأنّ الرضا إنّما وقع على عقد خاص وهو المعاملة بهذا الشرط الفاسد فإذا انتفى القيد ينتفي المقيّد ، فلا محالة نلتزم بالافساد عند التباني أيضاً فيما إذا قلنا إنه في حكم الشرط الملفوظ ، لأنّ إخراج قسطه من الثمن فيه أيضاً يوجب الجهالة في الثمن ، والرضا بالمعاملة مقيّد باقترانها بالشرط فإذا انتفى ينتفي الرضا ، فلا تشمله الأدلّة لقصور العقد بحسب المقتضي فيفسد العقد عند فساد التباني .

وأمّا إذا كان فساد العقد عند فساد الشرط على خلاف القاعدة ومن جهة دلالة الأخبار على بطلان العقد حينئذ مع كونه تاماً من حيث المقتضي فلنقتصر فيه على مورد النص وهو صورة فساد الاشتراط اللفظي ولا نتعدّى إلى صورة التباني ولو مع القول بأنه في حكم الشرط وأنه واجب الوفاء .

ثمّ لا يخفى أنّ محل الكلام في المقام هو ما إذا تبانيا على الشرط وقد عقدا عليه وإنما لم يتلفّظا به في ضمن العقد فقط ، وأمّا إذا تبانيا قبل العقد ولكنّهما نسياه عند العقد وقد أوقعاه مطلقاً بحسب اللفظ والقصد فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد حينئذ وعدم فساده بفساد التباني وإن قلنا إنه في حكم الاشتراط اللفظي أيضاً وذلك لأنّ العقد لم ينعقد مشروطاً بشيء وإنما انعقد على وجه الاطلاق وبلا اشتراط ولو كان بحيث لو التفتا إليه ولم ينسياه لأوقعاه مشروطاً به ولكنه لا يضرّ بانعقاده على وجه الاطلاق عند نسيانه في مقام المعاملة نظير ما ذكرناه في انعقاد عقد الانقطاع دائمياً فيما إذا نسيا ذكر الأجل وعقدا على وجه الدوام فإنه عقد دائمي حينئذ وعليه حملنا ما ورد في الأخبار من أنّ ترك ذكر الأجل في العقد يوجب وقوعه على وجه الدوام وقلنا إنه على وفق القاعدة (لا على ما إذا كانا متذكّرين وتركاه خجلة ونحوها) فصورة نسيان الشرط خارجة عن محل الكلام .

الأمر الرابع : قد استثنوا من حكمهم بافساد الشرط الفاسد ما إذا كان فساد

الشرط من جهة عدم ترتّب غرض عقلائي على الشرط فإنهم مع التزامهم بفساد الشرط حينئذ التزموا بصحة العقد ، ولعلّ ذلك من جهة أنّ الشارع لما ألغى وجوب الوفاء بتلك الشروط سقطت عن كونها قابلة لتقييد العقد بها فالعقد غير مقيّد بشيء .

وفي هذا التقريب ما لا يخفى كما أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وذلك لأنّ التقييدات بحسب الأغراض الشخصية لا تدور مدار التقييد بحسب الأغراض النوعية ، فإذا اشترط في السلم كيلاً خاصاً أو وزناً معيّناً مع عدم الفرق بينه وبين غيره ولو بشعيرة فلا محالة يكون هذا خارجاً عن الغرض العقلائي عند العقلاء إلّا أنه مورد للغرض الشخصي وقد عرفت أنّ معنى الشرط تعليق الالتزام بالالتزام وإن لم يكن ذلك مورداً للغرض العقلائي أيضاً ، وعليه فلابدّ من أحد أمرين .

فإمّا أن نمنع فساد الشرط إذا لم يترتّب عليه غرض عقلائي كما قدّمناه وقلنا إنه لا دليل على اعتبار كون الشرط ممّا له أثر بحسب نظر العقلاء بل عموم أدلّة وجوب الوفاء بالشرط يقتضي عدم الفرق بينه وبين ما ليس فيه غرض عقلائي وعليه فالشرط صحيح والعقد أيضاً تام .

وإمّا أن نلتزم بالافساد في هذا الشرط أيضاً فيما إذا قلنا بفساده ولو من جهة دعوى أنّ العمومات تنصرف إلى الشرط المتعارف عند العقلاء وهو غير ما لا يكون عند العقلاء فيه غرض .

وبالجملة : فلا فرق بين فساد الشرط من جهة عدم ترتّب الغرض العقلائي عليه وبين فساده من سائر الجهات ، إذ في جميعها يكون الالتزام المعاملي مقيّداً بالالتزام بذلك الشرط الفاسد فلو قلنا بافساده نلتزم به في جميع موارده ، كما أنه إذا قلنا بعدم إفساده نلتزم به في جميع موارده .

الكلام في أحكام الخيار

ذكروا أنّ الخيار يورث كما يورث الأموال لأنه من الحقوق . واستدلّوا عليه ـ مضافاً إلى الاجماع المحقّق من الكل حتى من العامة ، ولم يخالف في ذلك إلّا الشافعي في خصوص خيار المجلس[1] ولعلّه من جهة أنه يرى الموت افتراقاً فعدم إرث الخيار من جهة ارتفاعه بالافتراق لا أنّ الخيار لا يورث ـ بعمومات أدلّة الارث من قوله (عليه السلام) « ما تركه الميت فلوارثه »[2] والخيار ممّا تركه الميّت فينتقل إلى وارثه .

مضافاً إلى تصريح النبوي بأنّ ما تركه الميت من حقّ فلوارثه[3] وقد عرفت أنّ الخيار من جملة الحقوق القابلة للانتقال ، هذا .

ولا يخفى أنه إن كان في المسألة إجماع كما ادّعي فلا محيص من الالتزام بارث الخيار على إشكال في تحقّقه ، وأمّا إذا لم يثبت الاجماع التعبّدي في المقام فللمناقشة في إرث الخيار مجال واسع ، وذلك لأنّ الخيار وإن كان من جملة الحقوق بمعنى أنّ أمر رفعه أو وضعه بيد المكلّف على ما استفدناه من الأخبار وغيرها وذكرناه في

---

(١) حكاه في التذكرة ١١ : ١٧٥ / المسألة ٣٤٤ أحكام الخيار .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ٢٦ : ٢٥١ من ترك مالاً فللوارث .

(٣) [لم نعثر عليه في المجاميع الأحاديثية ، نعم أورده الفقهاء في كتبهم كالمسالك ١٢ : ٣٤١] .

تضاعيف أبحاث الخيارات ولا نعني بالحق إلّا هذا ، لأنّ الحق ليس إلّا عبارة عن الحكم الشرعي ولكن أمر رفعه أو وضعه بيد المكلّف ، مثلاً الجواز في مثل الهبة حكم شرعي ولكن اختيار رفعه أو وضعه غير موكول إلى المكلّفين فلو وهب زيداً ماله وأراد أن يكون ذلك على وجه اللزوم لما يتمكّن منه لأنها جائزة بحكم الشارع ولا يتبدّل بوجه ، ويقابله اللزوم في النكاح لأنه أيضاً حكم شرعي لم يجعل أمر وضعه أو رفعه بيد المكلّف ، لأنّ ارتفاع النكاح موقوف على خصوص الطلاق أو الموت أو الكفر ولا يرتفع لزومه بغيرها ولو مع رضا الزوجين بالارتفاع ، وهذا بخلاف البيع فإنه لمّا صار لازماً بمضي خيار المجلس مثلاً للمتبايعين أن يرفعا ذلك اللزوم برضاهما ويعبّر عنه بالتقايل ، لأنّ الاقالة ليست بيعاً جديداً ولذا يتحقّق الاقالة مع تلف العوضين أيضاً ، وإنما هي حل للشدّ وفكّ للالتزام ، لأنّ البيع بحسب الاعتبار شدّ أحد الالتزام بالالتزام الآخر ، والاقالة حل بعد الشد وفكّ بعد العقد ، ونظيره ما إذا كان رفع ذلك الالتزام من طرف واحد ويعبّر عنه بالفسخ ولو على خلاف رضا الطرف الآخر لأنه حل للالتزام بعد شدّه ، وكيف كان فكون الخيار حقاً أي مما أمر رفعه ووضعه بيد المكلّف ممّا لا إشكال فيه .

إلّا أنّ هذا المقدار لا يكفي في إرثه إذ يعتبر أن يكون الموروث مما له بقاء بعد موت الميت حتى يصدق عليه عنوان ما تركه الميت ، لأنّ المراد بما ترك ليس إلّا ما كان له بقاء بعد موت المورّث ، وهذا المعنى في الأموال مشاهد محسوس كالفرش والكتب والحيوانات لأنها باقية بعد موت الميت فيصدق عليها أنها ممّا تركه الميت وهذا نظير ما إذا كان عند المسافر أموال كثيرة لا يتمكّن من حملها فيبقيها في طريق ويذهب بنفسه إذ يقال حينئذ إنه ترك أمواله وغاية الأمر أنه تركه للانتقال من دار إلى دار أو من منزل إلى منزل وتركه الميت للانتقال من عالم إلى عالم ، وبالجملة لابدّ من أن لا يكون الموروث ممّا يمضي بمضي الميت كما عرفته في الأموال ، وكذلك الحال

في بعض الحقوق كحق التحجير فإنه إذا حجر أرضاً فمات بعد ذلك فيقال إنه ترك حقّه باعتبار تعلّقه على الأرض ، فإنّ هذا الحق ممّا له بقاء عند العقلاء والشرع لبقاء متعلّقه ، وأمّا حقّ الخيار فهو ليس كذلك وذلك لأنّ معنى الاشتراط كما عرفته ليس إلّا تعليق التزام بالتزام ، وإذا فتّشنا عن حقيقة ذلك رأينا أنه تقييد للملكية بالفسخ وأنه لا يلتزم بالملكية الدائمة بل يلتزم بها إلى أن يفسخها كما إذا جعل الخيار لنفسه من الابتداء إلى ثلاثة أيام لأنّ معناه أنه لا يلتزم بالملكية إلى ثلاثة أيام بل لو أراد أن يفسخها يتمكّن منه .

ومن الظاهر أنّ الملكية الموقّتة بالفسخ ترتفع بالفسخ لا محالة لحصول ما علّق ارتفاعها عليه ، ولكن ما علّق عليه ارتفاع الملكية هو فسخ نفسه فإذا مات ولم يفسخ فلا يعقل أن يتحقّق فسخه بعد ذلك ، وفسخ الوارث أجنبي عن فسخ نفس العاقد المعلّق عليه ارتفاع الملكية ، وتنزيل فسخ الوارث منزلة فسخ المورّث يحتاج إلى دليل وجعل وهو مفقود ، وعليه فلا يكون حق الخيار ممّا له بقاء بعد موت المورّث وإنما هو ممّا يمضي بمضي نفسه ، فالتمسّك بأدلّة الارث غير نافع في المقام لعدم صدق عنوان ما ترك في الخيار ، وبناء على ذلك لا وجه للالتزام بإرث الخيار ، اللهمّ إلّا من جهة قيام الاجماع على إرثه فإنّ الظاهر أنّ أحداً لم يخالف في تلك المسألة حتى من العامة كما تقدّم فهو إجماع الكل على إرث الخيار ، من أجل ذلك لابدّ من أن نلتزم بإرث الخيار في الموارد المعلومة ، وأمّا إذا شككنا في مورد فلا يمكننا التمسّك بالاجماع فيه ونحكم فيه بعدم إرث الخيار لا محالة ، هذا .

وربما يقال كما أشار إليه شيخنا الأنصاري(١) بجريان الاستصحاب في المقام لأنه يقتضي بقاء الحق بعد موت المورّث للعلم بحدوثه حال حياته وقد عرفت أنّا لا

---

(١) المكاسب ٦ : ١١٠ .

نعني من عنوان ما تركه الميت إلّا كونه باقياً بعد موت المورّث ، وإذا ثبت ذلك بالاستصحاب فنحكم بارثه لأنه ممّا تركه الميت .

وفي هذا الاستصحاب ما لا يخفى ، **أمّا أولاً** : فلأجل أنّ الشبهة حكمية في المقام ولا ندري أنّ الحق المجعول للمورّث كان ممتداً إلى مماته أو أنه باقٍ بعد موته ويكون استصحاب بقائه بعد الموت معارضاً باستصحاب عدم جعل الشارع للخيار بعد الموت لأنه في الحقيقة شك في أصل جعله ، هذا .

وأمّا ثانياً : لو أغمضنا عن ذلك وقلنا بجريان الاستصحاب في الأحكام الكلّية أيضاً كما عليه المشهور فلا يجري في المقام لعدم إحراز بقاء الموضوع حينئذ ، بمعنى أنا لا ندري أنّ الخيار كان مجعولاً على خصوص المورّث أو الأعم منه ومن وارثه ، فلا ندري أنّ عدم الحكم ببقاء حق الخيار من نقض اليقين بالشك أو أنه من نقض اليقين باليقين ، فتكون الشبهة مصداقية ولا يمكن إجراء الاستصحاب فيها .

الكلام في أنّ إرث الخيار ليس تابعاً لإرث المال

إذا كان الوارث ممنوعاً عن الارث من جهة المانع كالكفر فيما إذا كان المورّث مسلماً والقتل للمورّث والرقّية المانعة عن إرث الوارث مع وجود المقتضي للارث فلا محالة يكون ممنوعاً عن الخيار أيضاً . وبعبارة أُخرى إذا كان الوارث مقروناً بمانع يمنعه عن إرث المال مع وجود المقتضي للارث فلا محالة يكون ذلك مانعاً عن إرث الخيار أيضاً .

وأمّا إذا كان الوارث محروماً عن إرث المال لأجل تعبّد شرعي لا من جهة موانع الارث نظير الزوجة المحرومة عن إرث العقار أو غير الولد الأكبر بالنسبة إلى الحبوة فهل يكون ذلك أيضاً مانعاً عن إرث الخيار المتعلّق بذلك المال أو أنه لا يمنع

عن الخيار ؟ فيه وجوه وأقوال .

الارث مطلقاً ، وعدم الارث كذلك وإن ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنه لم يقف على من جزم بعدم الارث مطلقاً إلّا أنّ المستشكل في الارث مطلقاً موجود . والتفصيل بين كون ما يحرم عنه الوارث ونفرضه الزوجة منتقلاً إلى الميت كما إذا اشترى الميت عقاراً وجعل لنفسه الخيار ثم مات وكونه منتقلاً عنه كما إذا باع العقار مع الخيار ثم مات ، بالالتزام بالارث أي إرث الزوجة في الأول دون الثاني . وهناك تفصيل آخر معاكس للتفصيل المتقدّم وهو القول بالارث فيما إذا كان المال المحروم عنه الوارث منتقلاً عن الميت ، وعدم الارث فيما إذا كان منتقلاً إلى الميت .

والوجه في التفصيل الأول : أنّ الثمن المنتقل إلى البائع ملك متزلزل للبائع وإذا فسخ العقد ينتقل الثمن إلى الميت فيرث منه كل من الزوجة وغيرها ، وهذا بخلاف ما إذا كان العقار منتقلاً عن الميت لأنّ الزوجة لا ترث منه فيما إذا فسخ العقد ورجع المبيع إلى ملك الميت فلا خيار لها ، لأنّ الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنته على ما انتقل عنه بارجاعه إلى ملكه والمفروض أنّ الزوجة ليست لها علاقة ولا سلطنة على العقار فيما إذا انتقل عن الميت .

وأمّا التفصيل الثاني فوجهه : أنّ ما انتقل إلى الميت حيث إنه ممّا لا يحرم عنه الزوجة وأنها ترث منه فلها أن يرجعه إلى ملك مالكه الأول ، وهذا بخلاف ما إذا كان المنتقل إلى الميت مما لا ترث منه الزوجة فإنها لا سلطنة لها عليه حينئذ ، ولا يتمكّن من إرجاعه إلى مالكه الأول ، والخيار سلطنة لارجاع ما انتقل عنه بعد تسلّطه على ما وصل بازائه .

---

(١) المكاسب ٦ : ١١٢ .

والصحيح من هذه الأقوال هو القول بعدم الارث مطلقاً ، والوجه في ذلك ما ذكرناه سابقاً من أنّ إرث الخيار ليس على طبق القاعدة فإنها تقتضي اختصاص الخيار بخصوص المورّث ، لأنّ فسخه هو الذي قيّد به الالتزام المعاملي لا مطلق الفسخ ، وإنّما ثبت بالاجماع على خلاف القاعدة والمتيقّن منه هو صورة كون ذي الخيار وارثاً للمال ، ولا إجماع محقّق في إرث الزوجة من الخيار المبحوث عنه لأنه محل الخلاف والأقوال كما نقلناها آنفاً ، فلا وجه لارث الزوجة من الخيار في المقام أصلاً .

بقي أُمور ينبغي التنبيه عليها :

الأول : إذا بنينا على إرث الزوجة من الخيار أو قلنا بإرث غيرها من الورثة أو كان للبائع أو المشتري من الميت خيار وقد فسخ العقد من له الخيار ممّن أشرنا إليه ، فمقتضى كون الفسخ عبارة عن حلّ العقد من حينه وفرضه كالعدم من زمان تحقّقه رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكه قبل المعاملة ، فإذا كان المبيع عقاراً وقد اشتراه الميت ثم مات ففسخه الورثة من الزوجة أو غيرها أو فسخه البائع فيما إذا كان له خيار ، فلا محالة ينتقل الثمن إلى ملك الميت والعقار إلى ملك البائع ثم يرث الورثة من الثمن ومنهم الزوجة لأنه ممّا تركه الميت ، إذ لا فرق في ماله بين كونه ملكاً له قبل موته وكونه ملكه بعد موته بتملّك جديد حصل بالفسخ ، وهذا ظاهر ولا إشكال فيه .

وأمّا إذا كان المبيع عقاراً وقد باعه الميت ثم فسخه أحد الورثة أو المشتري فقد ذكروا أنّ العقار ينتقل إلى الميت وينتقل الثمن إلى المشتري فيؤخذ الثمن من الورثة ومنهم الزوجة ويدفع إلى المشتري ، ولكنّه ممّا لم يتّضح لنا وجهه وذلك لأنه

على خلاف ما يقتضيه الفسخ في المعاملات، إذ المفروض أنّ الثمن كان ملكاً للميت ولمّا مات قسّم بين الورثة ومنهم الزوجة لأنها ترث من النقود والثمن، فإذا فسخ العقد ورجع العقار إلى ملك الميت فلابدّ من أن يخرج الثمن إلى المشتري من ملك الميت لا محالة لأنه مقتضى الفسخ في المعاوضات، وحيث إنّ الميت لا مال له لخروج أمواله عن ملكه إلى ورثته نظير ما إذا أخرجه عن ملكه بالهبة والبيع ونحوهما من التصرفات، فيكون مديوناً للمشتري بمقدار الثمن فيجب على الورثة بأجمعهم أن يؤدّوا دينه بالتوزيع بينهم ومنهم الزوجة، لا أنّ الثمن يؤخذ من الورثة ومنهم الزوجة ويدفع إلى المشتري، فإنّ الزوجة بعد ما ملكت حصتها من الثمن وكذا غيرها من الورثة يحتاج إخراجه عن ملكها إلى مخرج جديد ولا مخرج له عن ملكها كما هو واضح، إذ العقار لا ترجع إليها حتى يخرج مقابلها من كيسها وقد قلنا إنّ الفسخ حل العقد من حينه وهو يفيد ملكية جديدة لا أنه حل العقد من أصله وارجاع للملكية القديمة، وإنما يرجع إلى الميت وهو المطالب بالثمن، ويكون ذلك من قبيل ديون الميت يجب على الورثة ومنهم الزوجة أن يخرجوا عن عهدة ديونه بحسب حصصهم ولا يستردّ من الزوجة ما وصل إليها من الثمن بحصتها، وبين الأمرين فرق ظاهر والثمرة بينهما ظاهرة.

الأمر الثاني: ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أنّ الدين المستغرق لتمام التركة وإن كان يمنع عن إرث المال إلّا أنه لا يمنع عن إرث الخيار، فللورثة فسخ المعاملة التي أوقعها الميت حال حياته.

وهذا أيضاً ممّا لم يتّضح لنا وجهه، لأنّا إن قلنا بما هو ظاهر الآية المباركة ﴿مِنْ

---

(١) المكاسب ٦ : ١١١.

﴿بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[١] من أنّ الانتقال إلى الورثة فيما تركه الميت إنما هو بعد اخراج الدَين والوصية لا قبلهما ، فلا يكون الورثة مالكاً للتركة قبل إخـراج دينه ، ولا يمنع ذلك عن جواز أداء الورثة ديون الميت من مال آخر غير الميراث ، إذ يجوز لهم ذلك كما يجوز لغيرهم، حتى ابراء نفس الدائن ذمّة الميت المديون كافٍ في سقوط دَينه ، فلا محالة يكون حال الورثة حينئذ حال الزوجة بالاضافة إلى العقار فكما أنّ الزوجة ليست مالكة للعقار وقد وقع إرثها الخيار المتعلّق بما لا تملكه مورداً للخلاف والإشكال ، فليكن الورثة عند دَين الميت على وجه الاستغراق كـذلك لأنهم غير مالكين للأموال ، فيكون الخيار المـتعلّق بمـا لا يمـلكونه أيـضاً مـورداً للخلاف والإشكال ، فكيف يكون إرث الورثة للخيار في صورة الدين المستغرق مورداً للوفاق ويكون إرث الزوجة للخيار في العقار مورد الخلاف مع أنّ كلاهما متّحدين في عدم الملك . وبالجملة الخلاف في أحدهما ينافي الوفاق في الآخر .

ثم لا وجه لثبوت الخيار للورثة حينئذ وإرثهم له بوجه . أمّا على مسـلكه (قدّس سرّه) من كون التركة ملكاً للورثة بعد الموت كما هو المشهور ، فلأنّ الخيار فرع التسلّط على ما بيده من المال حتى يتمكّن من إرجاعه إلى مالكه ، والمفروض أنّ الورثة لا يتمكّنون من التصرف في التركة لأنه وإن كان ملكاً لهم عند المشهور إلّا أنه متعلّق لحق الغرماء والديّان ولا يجوز التصرف في متعلّق حق الغير ، كما أنه لا إجماع محقّق في إرث الخيار في المقام ، وذلك لأنّ المتيقّن منه ما إذا لم يكن مـتعلّقه ملكاً لشخص آخر أو متعلّقاً لحق الغير سيّما إذا استلزم إرث الورثة الخـيار ضرراً على الديّان كما إذا اشتراه الميت بأرخص مـن قـيمته السـوقية ، مـثلاً إذا اشـتراه بخمسين درهماً مع أنّ قيمته السوقية مائة ، فإنّ فسخ الورثة بارجاع ما يسوى بمائة

---

(١) النساء ٤ : ١١ .

إلى مالكه الأول وأخذ ما يقابله وهو خمسون درهماً ضرر على الديّان بنصف القيمة وحيث لا إجماع في المقام فلا يثبت للورثة الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق نعم لا يجوز التصرف فيها لأنّها متعلّقة لحق الغير.

الأمر الثالث: إذا بنينا على عدم إرث الزوجة للخيار وأراد سائر الورثة فسخ المعاملة، فالظاهر أنه يتوقّف على إذن الزوجة ورضاها به، وذلك لا من جهة ثبوت الخيار للزوجة بل من جهة قصور الدليل، وذلك لأنّ المتيقّن من موارد نفوذ فسخ الورثة هو ما إذا كان الفسخ صادراً عن رضا جميع الورثة وهو المتيقّن من الاجماع، وأمّا مع مخالفة بعضهم فلا تعيّن لثبوت الاجماع على نفوذ الفسخ سيّما إذا كان فسخهم موجباً لضرر الزوجة، لأنها ترث من الثمن فإذا فسخ فعلى مسلكهم يؤخذ منها الثمن ويعطى من العقار، هذا يوجب ضرراً عليها كما لا يخفى.

ثم إنّ ما ذكرناه في إرث الزوجة من الخيار بالاضافة إلى العقار يجري في إرث سائر الورثة للخيار بالاضافة إلى الحبوة بعينها، وفيه أيضاً وجوه أربعة تقدّمت[1] وتقدّم صحيحها فراجع.

الكلام في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار

والاحتمالات فيها خمسة: الأول أن يكون لكل واحد من الورثة الخيار على نحو الاستقلال وله فسخ العقد وامضاؤه كما هو معنى الخيار فينفذ فسخ كل منهم كما تنفذ إجازته.

الثاني: أن يكون لكل من الورثة حق مستقل إلّا أنه في طرف الفسخ فقط دون الاجازة، فإنها إنما تنفذ فيما إذا أجازه جميع الورثة، فيكون هذا نظير الخيار

---

(١) في الصفحة ١٣٢.

الثابت للمتعدّد كما في خيار المجلس فإنّ لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعاملة دون إجازتها لأنها تتوقّف على إجازة كليهما ، نعم تكون إجازته نافذة من قبله فقط .

الثالث : أن يكون الخيار ثابتاً لطبيعي الورثة بمعنى صرف الوجود ، ومعناه ثبوت الخيار لأحد الورثة فإنه إذا فسخ أو أمضى يكون نافذاً لأنه وجود للطبيعة والخيار ثابت له ، فكل واحد منهم سبق إلى إعماله يكون فعله نافذاً وبه يسقط الخيار لا محالة .

الرابع : ما قوّاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من ثبوت الخيار لمجموع الورثة بما هو المجموع ، فليس لكل منهم فسخ ولا إجازة ولا يقع شيء منهما مؤثّراً إلّا أن يكون برضا الجميع فسخاً أو إجازة .

الخامس : هو أن يثبت لكل منهم بمقدار حصته . هذه هي الاحتمالات في إرث الخيار بعد اتّفاقهم على الظاهر في أنّ إرث الأموال إنّما هو بالتقسيم على حسب سهامهم المذكورة في الكتاب المجيد .

وينبغي في المقام أن يتكلّم في مقامين : أحدهما في إرث المال لنرى أنّ الأموال تنتقل إلى الورثة بالتقسيم على مقدار سهامهم أو أنّ التقسيم إنما يقع في الخارج في مقام القسمة دون الانتقال ، وإنما ينتقل المال إلى مجموع الورثة وفي مقام التصرف والتقسيم يأخذ كل منهم بمقدار سهمه من النصف أو الثلث أو غيرهما .

وثانيهما : في إرث الحقوق من الخيار ونحوه .

أمّا المقام الأول : فالمتسالم عليه بينهم من غير خلاف أجده أنّ المال ينتقل إلى الورثة بالتقسيم فثُلثه لواحد ونصفه لآخر وهكذا ، لا أنّ مجموع المال لمجموع

---

(١) المكاسب ٦ : ١١٨ ، ١٢٠ .

الورثة والتقسيم إنما يكون في الخارج عند الأخذ .

إلّا أنّ للمناقشة فيما ذهبوا إليه مجالاً واسعاً ، فإنّ الصحيح أنّ المال لا ينتقل إلى الورثة بالتقسيم بل هو لجميع الورثة والتقسيم إنّما يقع في مقام القسمة وذلك لأمرين :

أحدهما : أنّ المال لو انتقل إلى الورثة بالتقسيم وفرضنا الورثة أخوين مثلاً فلا يخلو الحال فإمّا أن يكون لهذين القسمتين أعني النصفين تشخّص وتميّز في الواقع وعند الله تعالى بحيث يكون لمملوك أحدهما الذي هو طرف إضافة الملكية لأحد الوارثين تشخّص عن مملوك الآخر ولو في علم الله وإن كنّا نحن لا نشخّصه ، وإمّا أن لا يكون لأحد المملوكين تشخّص وامتياز عن الآخر ولا ثالث في البين .

أمّا الاحتمال الأول : فهو على تقدير ثبوت موجب له وإن كان أمراً ممكناً ومعقولاً في نفسه بأن يكون مملوك أحدهما في علم الله متميّزاً ومعيّناً وإن لم يكن متميّزاً عندنا ، إلّا أنّ الكلام في موجب ذلك وأنّ أيّ شيء أوجب اختصاص هذا النصف والمملوك لأحدهما والمملوك الآخر للآخر ، ولماذا لم ينعكس مع أنّ السبب الموجب لتملّكهما وانتقالهما إليهما واحد وهو كونهما ولدين للميت .

وأمّا الاحتمال الثاني : وهو أن يكون مملوك كل منهما غير متميّز عن الآخر ولا متشخّص عن غيره فيدفعه : أنّ لازم ذلك أن يكون كل منهما مالكاً للنصف المجرد عن الخصوصيات ، وعليه فنسأل عن مالك تلك التشخّصات والخصوصيات فإنّ الميت كان مالكاً لكلا المملوكين بخصوصيتهما ، والوارثان إنما انتقل لهما ذات المملوكين بلا تشخّصهما وخصوصياتهما ، فمن هو مالك الخصوصيات والتشخّصات وهي مملوكة لمن .

وثانيهما : أنّ المال الموروث ربما لا يكون حصصه مالاً وهذا كما إذا مات أحد وترك فلساً واحداً والورثة عشرة فينتقل إلى كل واحد منهم عشر فلس

واحد وهو ممّا لا مالية له كما هو ظاهر .

وأضف إليه مقدّمة أُخرى : وهي أنهم تسالموا في باب الضمان على أنّ الضمان إنما يثبت في إتلاف الأموال وأمّا إتلاف غير المال فهو محرّم ولكن لا ضمان فيه (وإن استشكلنا فيه بما ذكرناه في محلّه إلّا أنه مسلّم عندهم) ولازم هذين الأمرين أنه إذا أتلف أحد ذلك الفلس لا يكون ضامناً لأحد من الورثة ، لأنّ مملوك كل واحد منهم هو عُشر الفلس وهو ممّا لا مالية له وإتلاف غير المال لا يوجب الضمان ، ومجموعه وهو عشرة أعشار وإن كان مالاً إلّا أنه ليس ملكاً لأحد والملك إنما هو كل عُشر منه وهو ليس بمال ، ومقتضى هذين الأمرين عدم إمكان كون المال منتقلاً إلى الورثة بالتقسيم وإنما المال ينتقل إلى مجموع الورثة[1] فهو مملوك واحد ومالكه متعدّد بمعنى أنّ كلاً من الأخوين نصف المالك لا أنه مالك تام لنصف المال بل المملوك واحد والاشتراك في المالكية ، فهذا له نصف المالكية أو ثلث المالكية وهكذا ، وحينئذ يندفع المحذوران المتقدّمان لأنّ المال بخصوصياته ملك لمجموع الورثة فلو أتلفه أحد فلا محالة يكون ضامناً لمجموعهم لأنه مال ولا مانع من تصوير المالكية للعنوان الانتزاعي كما هو كذلك في المقام ، لأنّ المجموع ليس إلّا عين الأفراد فهو عنوان انتزاعي ولكنه لا مانع من قيام الملكية بالأمر الانتزاعي كما لا مانع من قيامه بالمعدوم ، إذ الملك اعتباري واعتباره للانتزاعي وغيره أمر ممكن .

ويؤيّد ذلك : أي كون المال منتقلاً إلى مجموع الورثة لا بالتقسيم ، أنّ المال

---

(١) لأنّ الورثة بأجمعهم يقومون مقام مورّثهم وكأنّهم هو ، فيثبت ما للمورّث لمجموعهم لأنهم بمجموعهم يقومون مقامه فمجموعهم مالك واحد ، والمالكية مختلفة فبعضهم نصف المالك وبعضهم ثلثه والتبعيض في المالكية دون المملوك بمعنى أنّ التبعّض والقسمة في المملوك أو أنّ المملوك غير متبعّض بل التبعّض في المالكية كما سيتّضح إن شاء الله تعالى .

الموروث ربما لا يكون قابلاً للتقسيم أصلاً فكيف ينتقل إلى الورثة بالتقسيم ، وهذا كما إذا استأجر أحد آخر في صلاة ركعتين ثم مات المستأجر وقد انتقل ملك ركعتين من الصلاة إلى الورثة ، والصلاة ركعتين غير قابل للتقسيم بأن يقال قراءة الركعة الأُولى لأحد الورثة وركوعها للآخر والركعة الثانية لثالث وهذا ظاهر ، بل الظاهر أنّ مجموع المال أعني ملك ركعتين من الصلاة ينتقل إلى مجموع الورثة غاية الأمر أنّ أحدهما نصف المالك للصلاة والآخر ثلث المالك لها وهكذا ، فالتقسيم في المالكية دون المملوك ، إلّا أنّ هذا المعنى لمكان دقّته عبّر عنه في القرآن المجيد بتقسيم المملوك فقال عزّ من قال ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾[1] وهكذا ، ولكنّه تعبير مسامحي وقع من جهة دقّة ما ذكرناه .

فإذا عرفت أنّ إرث المال إنما هو بانتقاله إلى مجموع الورثة وكونهم مالكاً واحداً قائمين مقام المورّث الواحد في المالكية وإن كان أحدهم نصف المالك والآخر ثلثه ، يتّضح لك حال جميع موارد الشركة الاختيارية وغيرها وحال البيع ، فإنه إذا باع نصف داره لزيد فمعناه أنه باعه نصف مالكية الدار له ، فالمملوك جميع الدار إلّا أنه نصف مالك كما أنّ نفسه نصف المالك ، لا أنه باع نصف مملوكه لزيد حتى يرد عليه السؤال المتقدّم من أنه نصف معيّن أو غير متشخّص الخ وكذا فيما إذا اشتركا في ماليهما فمعناه أنّ كل واحد منهما رفع يده عن مالكيته الاستقلالية وبدّلها بالمالكية الناقصة فصار المجموع ملكاً لكليهما ، وكل منهما نصف المالك والمالك واحد ، ومن هنا لو أتلف أحد ديناراً معيّناً من ذلك المال الذي كان لأحد الشريكين قبل الشركة يكون ضامناً لكليهما لأنه صار مملوكاً لمالكٍ نصفه هذا الشريك ونصفه الآخر ذاك الشريك ، وغير هذا المعنى في البيع والشركة غير متصوّر .

---

(١) النساء ٤ : ١١ .

وعليه فنقول : إنّ إرث الخيار وغيره من الحقوق أيضاً كإرث المال فكما أنه ينتقل إلى مجموع الورثة ويكون كل منهم نصف المالك أو ثلثه فكذلك الخيار ينتقل إلى مجموع الورثة ويكون كل واحد منهم نصف ذي الخيار أو ثلثه وهكذا ، فلابدّ في إسقاطه وفسخه من اجازة الجميع كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهذا بناء على ما ذكرناه في انتقال المال ظاهر .

وأمّا إذا بنينا على ما بنى عليه المعروف وقلنا إنّ المال ينتقل إلى الورثة بالتقسيم فهل ينتقل الخيار إلى مجموع الورثة أيضاً كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] أو أنه ينتقل إلى كل واحد منهم على نحو الاستقلال أو غير ذلك من الاحتمالات المتقدّمة ؟

الظاهر أنّ ما أفاده (قدّس سرّه) هو المتعيّن ، وذلك لأنّ احتمال كون الحق منتقلاً إلى طبيعي الورثة وإن كان أمراً ممكناً في حد نفسه ولا مانع من تصوير كون الطبيعي مالكاً كما ذكرناه في ملك طبيعي الفقراء للزكاة أو طبيعي السادة لسهمهم أو طبيعي العالم في الوقف مثلاً ، إلّا أنه في مقام الاثبات يحتاج إلى دليل ولا دليل في المقام على أنّ الحق ينتقل إلى طبيعي الورثة .

وأمّا الاحتمال الأول أعني احتمال أن يكون كل واحد من الورثة له خيار مستقل ، فيدفعه أنّ الخيار المنتقل إلى الورثة إنما يتلقّاه الورثة عن مورّثهم ، فلا ينتقل إليهم إلّا على نحو يثبت للمورّث ، ولا إشكال في أنّ المورّث كان له حق واحد لا حقوق متعدّدة ليصير كل من الورثة مالكاً للخيار حتى يتعدّد الحقوق بتعدّد الورثة هذا .

على أنّ دليل الارث في المال والحقوق واحد وقد بنيتم على أنّ معناه في المال

---

(١) المكاسب ٦ : ١١٨ ، ١٢٠ .

هو انتقال ما للميت إلى وارثه بالتقسيم ولا تلتزمون به في الحق وتدّعون أنّ كل واحد منهم يكون مستقلاً بالخيار لا أنّ الخيار الواحد ينتقل إليهم بالتقسيم ، مع أنّ مفاد الدليل واحد في كل من الحق والمال ، فلا وجه للالتزام بانتقال الخيار إلى كل واحد منهم على نحو الاستقلال من دون التزام ذلك في المال .

وأمّا احتمال أن يكون كل من الورثة مالكاً للخيار بمقدار حصة نفسه بدعوى أنّ الحق كالمال فكما أنه ينتقل إلى الورثة بمقدار سهامهم فكذلك الخيار إلّا أنه لما لم يكن أمراً قابلاً للانقسام في نفسه وكان قابلاً له بلحاظ متعلّقه فيثبت لكل منهما الخيار في نصف المال ، فله أن يفسخ المعاملة في نصفها مثلاً أو ثلثها وهكذا ، ففيه أيضاً : أنّ هذا لا دليل عليه ، لأنّ دليل الارث في المال وغيره واحد وهو قوله « ما تركه الميت فلوارثه » أي لوارثه بمقدار سهمه فيما يرثه لا في متعلّق ما يرثه فاستفادة الانتقال في متعلّق الموروث من قوله (عليه السلام) « ما تركه ... الخ » غير ممكن .

على أنّ الدليل على العدم موجود وهو أنّ ما ينتقل إلى الورثة إنما هو عبارة عمّا كان ثابتاً للمورّث ، ومن الظاهر أنّ المورّث كان له حق واحد في ردّ تمام المال ولم يكن له ردّه في نصفه أو في ثلثه على الفرض فكيف يكون الورثة متمكّناً من فسخ المعاملة في نصفه أو في ثلثه مع أنه لم يكن ثابتاً لمورّثه .

وأمّا احتمال أن يكون لكل منهم الخيار في طرف الفسخ فقط دون الاجازة ففيه : أنّ الثابت للميت إنما كان حقاً واحداً فثبوت حقوق متعدّدة للورثة يحتاج إلى دليل . على أنّ كونه ذا خيار في طرف الفسخ دون الاجازة ممّا لا وجه له ، لأنه إمّا أن يكون ذو خيار في فسخ العقد وإجازته ، وإمّا لا يكون له حق في شيء من الطرفين وإثبات أحدهما دون الآخر موقوف على الدليل وهو مفقود ، ولا يقاس المقام بثبوت الخيار للمتعدّد كالموكّل والوكيل فإن فسخ أحدهما فسخ الآخر لأنّ

الوكيل نائب عن الموكّل في فسخ العقد أو إجازته ففسخه فسخه لا أن لكل واحد منهما خيار في مقابل خيار الآخر كما في المقام .

وعليه فالصحيح ما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ الخيار الواحد الثابت للمورّث ينتقل إلى مجموع الورثة ، والسرّ فيه ظاهر وهو أنّ الورثة لا تتلقّ الخيار من الشارع ابتداء وإنما تتلقّاه من مورّثه ، فلابدّ من أن يكون الخيار المنتقل إلى الورثة عين ما كان ثابتاً للمورّث كمّاً وكيفاً وإلّا لم يكن المنتقل إلى الورثة هو ما كان للميت ، ومن الظاهر أنّ الثابت للميت إنما كان حق واحد في تمام المبيع ولم يكن متعدّداً ولا ثابتاً في بعض المبيع ، وبما أنّ مجموع الورثة قائم مقام المورّث فينتقل إلى مجموعهم ما كان ثابتاً للميت ، فلمجموعهم خيار واحد كما كان الأمر في انتقال المال كذلك ، وغاية الأمر أنّ المال يمكن تقسيمه والحق لا يقبل التقسيم ، هذا كلّه بناء على أنّ مدرك إرث الخيار هو الرواية أعني قوله (عليه السلام) « ما تركه الميت فلوارثه » وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة حينئذ هو انتقال الخيار إلى مجموع الورثة .

وأمّا بناء على أنّ مدركه هو الاجماع كما قدّمناه سابقاً فالأمر أوضح ، وذلك لأنّ المتيقّن من انتقال الخيار إلى الورثة ونفوذ فسخهم ما إذا كان جميعهم مجتمعين على الفسخ أو الامضاء ، وأمّا إذا انفرد بعضهم بأحدهما أي الفسخ أو الامضاء فلا إجماع على نفوذه .

بقي الكلام فيما يورد على ما ذكرناه من النقض بمثل حق القذف وحق الشفعة وحق القصاص ، لأنّ مقتضى ما ذكرناه من ثبوت الحق لمجموع الورثة أن تكون الحقوق المذكورة ثابتة لمجموع الورثة أيضاً ، ولازمه أن ترتفع باسقاطهم له معاً مع أنّهم ذكروا أنّ أحد الورثة إذا أسقط حقّ القذف عن القاذف فيما إذا قذف أباه ثم مات أبوه فانتقل حق القذف الثابت لوالده إليه وإلى سائر الورثة وتجاوز عن حقّه لا يسقط عن القاذف بل لباقي الورثة المطالبة به ، وكذا إذا ثبت له حق الشفعة

فمات وانتقل إلى ورثته وأسقطه بعض الورثة فللآخر أن يأخذ بحق الشفعة في تمام الشقص ، وكذا إذا أسقط بعضهم حق القصاص الثابت لمورّثهم فللآخر أن يطالب به كما إذا قتل أحد أقاربه وثبت له حق القصاص من القاتل ثم مات وانتقل إلى ورثته وتجاوز أحدهم عن حقه ، فللآخرين مطالبة القاتل بالقصاص ، وكل ذلك منافٍ لما ذكرناه من ثبوت الحق للمجموع . وبالجملة أنّ مقتضى ما ذكروه ثبوت الخيار لكل واحد من الورثة على نحو الاستغراق والاستقلال وهو ينافي لما ذكرناه من انتقال الخيار إلى مجموع الورثة .

وأجاب عنها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بأنّ الالتزام بثبوت الخيار في الموارد المذكورة للباقين بعد عفو بعضهم إنما هو من جهة دليل لا ضرر الحاكم على أدلّة الأحكام الأولية ، وذلك لأنّ أحد ورثة المقتول إذا عفى عن حقّه وقلنا إنه يوجب سقوط حق الآخر أيضاً يستلزم ذلك الضرر على ذلك الوارث الآخر لعدم حصول التشفّي له بالقصاص الذي هو الوجه في أصل جعل حق الاقتصاص ، ولولا دليل لا ضرر وكنّا نحن ودليل الارث فقط لمنعنا عن ثبوت الحق لكل من الورثة في الموارد المذكورة أيضاً كما ذكرناه في إرث الخيار ، وكذا الحال في حق القذف وحق الشفعة لأنّ الوارث الآخر إذا قلنا بسقوط خياره وحقه بعفو أحد الورثة يتضرّر لا محالة ، ومقتضى دليل لا ضرر أن يبقى حقّه مع عفو الآخرين ، هذا .

ويمكن المناقشة فيما أفاده (قدّس سرّه) : بأنّ مقتضى القاعدة في إرث الحقوق هو ما ذكرناه من انتقالها إلى مجموع الورثة لا إلى كل واحد منهم ، وأمّا ثبوت حق القذف للباقين عند عفو بعضهم فإنما ثبت بالدليل لورود النص على أنّ الباقي من الورثة يتمكّن من المطالبة بحق القذف ولو مع عفو غيره ، فثبوت الحق لكل من

---

(١) المكاسب ٦ : ١٢١ .

الورثة في القذف ثبت بالنص وهو ظاهر .

وأمّا حق القصاص فالظاهر أنّ ثبوته للورثة أو لورثة الورثة ليس من جهة إرث حق القصاص وانتقاله من مورّثهم إليهم ، بل إنما ثبت ذلك للورثة ابتداء من جهة الولاية لقوله تعالى ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[1] فالوارث ووارثه وهكذا له الولاية على مطالبة القاتل بالقصاص ، وهذه الولاية ثبتت ابتداء للوارث من الشرع لا أنه تلقّاه من مورّثه ، وذلك لأنّ حق القصاص لم يثبت للمقتول حتى ينتقل منه إلى وارثه (إذ الميت لا حق له في القصاص) بل إنما يثبت لولي المقتول ابتداء ، والمراد بالولي هو من يكون قريباً من الميت يلي أمره وهذا شامل لوارث المقتول ولوارث وارثه وهكذا ، نعم قد دلّ الدليل أيضاً على أنه إذا أراد القصاص يجب عليه دفع ما أخذه الوارث الآخر الذي عفى عن القصاص إلى أولياء القاتل ، فحق القصاص خارج عن باب إرث الحقوق ، وهذا أيضاً ظاهر .

وأمّا حقّ الشفعة فالمشهور وإن ذهبوا إلى ثبوته لكل واحد من الورثة إلّا أنه ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لعدم الدليل على ثبوته لكل واحد منهم ، ومقتضى القاعدة أن ينتقل ذلك إلى مجموع الورثة لا إلى كل واحد منهم ، فحق الشفعة كحق الخيار فلا إشكال حينئذ .

وأمّا ما أفاده (قدّس سرّه) من ثبوته لكل من الورثة بدليل لا ضرر فلا يخفى عليك ضعفه .

وذلك أمّا أوّلاً : فلما ذكرناه في بحث لا ضرر من أنّ الضرر عبارة عن النقص في المال أو في العرض أو في النفس ، وكل حكم شرعي استلزم النقص في أحد الأُمور المذكورة فهو مرفوع وغير ثابت ، ومن الظاهر أنّ الحكم بعدم تمكّن

---

(١) الاسراء ١٧ : ٣٣ .

الوارث الآخر من تبديل ملكيته الاشتراكية إلى الملكية الاستقلالية بالأخذ بالشفعة عن المشتري ليس موجباً لتضرّره ونقصه في ماله أو عرضه أو نفسه ، نعم هو منع عن جلب المنفعة ، ومن الظاهر أنّ الأحكام المانعة عن جلب المنافع كثيرة في الشرع لا يرفعها دليل لا ضرر ، مثلاً لا يجوز تملّك أموال الجيران شرعاً وهو غير مرفوع بدليل لا ضرر ، والمفروض أنّ ما وصل إليه هو الملكية الاشتراكية من الابتداء لأجل الارث ولم يرد عليها نقص ، فلا مجرى لدليل لا ضرر حينئذ وهو ظاهر .

وأمّا ثانياً : فهب أنّ عدم تمكّن الوارث من تبديل الملكية الاشتراكية إلى الاستقلالية ضرر ، إلّا أنّا ذكرنا في محلّه أنّ لا ضرر ورد في مقام الامتنان على الأمة ، فإذا استلزم جريانه في مورد خلاف المنّة على بعضهم فلا محالة لا يكون شاملاً له ، وفي المقام إذا حكمنا بتمكّن الوارث الآخر من الأخذ بالشفعة يكون هذا موجباً لتضرّر المشتري ورفع سلطنته عن ماله بلا رضاه فلا يشمله دليل لا ضرر نعم أصل إرث الشفعة في الشريعة المقدّسة أيضاً مبني على الضرر ، إلّا أنّا نرفع اليد عنه في أصل جعلها بالدليل وهو أدلّة الإرث فيما إذا كان ثبوت أصل الحق متيقّناً وهو ما إذا اجتمعت الورثة بأجمعهم على الأخذ بالشفعة لا في مورد عدم دلالة الدليل كما فيما نحن فيه .

وأمّا ثالثاً : فلأنّا لو قلنا بجريان دليل لا ضرر في أمثال المقام فليكن إرث الخيار أيضاً كإرث حق الشفعة ، لأنّ منع الباقي من الورثة عن الخيار فيما إذا أسقطه بعضهم أيضاً موجب لتضرّر الورثة الباقين سيّما إذا كان مورّثهم قد باع ما يسوى بمائة بخمسين درهم مع الخيار ، لأنّ ترك فسخه يوجب ذهاب نصف مالية المال عن الورثة ، وكيف كان فلا فرق بين حقّ الخيار وحق الشفعة من هذه الجهة .

وأمّا رابعاً : فهب أنّ دليل لا ضرر شامل لأمثال المقام وأغضينا عن استلزامه الضرر على المشتري ، ولكن مقتضى حق الباقي من الورثة إذا أعمله أن

ترجع الحصة المبيعة إلى ملك الميّت وبعده ينتقل إلى جميع الورثة ، ولا وجه لاختصاص تمام الحصة بالوارث الآخذ بحق الشفعة ، فما ذكروه من استقلال ذلك الوارث بتمام الحصة ممّا لم يقم عليه دليل .

اللهمّ إلّا أن يقال بالفرق بين حق الخيار وحق الشفعة ، فإنّ حق الخيار إنما يتعلّق بالعقد لأنه ملك فسخ العقد وإمضائه وإذا فسخ العقد الذي أوقعه الميت في حياته يلزمه انتقال الثمن إلى الميت والمثمن إلى المشتري لأنه مقتضى الفسخ وحل العقد وينتقل من الميت إلى جميع الورثة ، وأمّا حق الشفعة فهو حق التملّك الجديد من دون رضا المشتري وقد ثبت تخصيصاً لحرمة أكل المال بالباطل إلّا بالتجارة عن تراضٍ ، ومن هنا ذكر المحقّق الشفعة بعد كتاب الغصب وكأنه بمناسبة أنّ الشفعة كالغصب تملّك لمال المشتري بلا رضاه إلّا أنه غصب شرعي ، وإذا ثبت حق التملّك الجديد لكل من الورثة وأسقطه بعضهم فللآخر أن يعمله ويتملّك الحصة ملكية جديدة ، لا أنه إرجاع للملك إلى ملك مالكه وفسخ للعقد الواقع بين الشريك وبين المشتري ، إذ لو كان كذلك لرجع الحصة إلى ملك الشريك أعني المالك الأول مع أنه باع وبيعه لازم ، فيتعيّن أن يكون ذلك تملّكاً للحصة من المشتري ولو بدون إذنه تملّكاً جديداً ، وعليه لا يرد هذا الإشكال عليه ، هذا تمام الكلام في كيفية استحقاق كل من الورثة الخيار .

فرع

فيما إذا اجتمع الورثة على الفسخ بأجمعهم وللبحث في ذلك جهات :

الجهة الأُولى : في أنّهم إذا اجتمعوا على الفسخ وكان على الميت دين مستغرق للتركة وقلنا بثبوت الخيار للورثة في هذه الصورة ـ على إشكال قد تقدّم في أنه لا وجه لثبوت الخيار للورثة حينئذ لأنّ الأموال ملك للديّان ، أو أنها متعلّق لحق

الغير ومعه كيف يثبت للورثة الخيار والتصرف في ملك الغير أو في متعلّق حقّه فراجع ـ فهل يشترط في فسخهم أن يكون ذلك لمصلحة الديّان أو لا يكون على ضررهم وإن لم يكن لمصلحتهم أيضاً ، أو أنّ فسخهم غير مشروط بشيء من ملاحظة المصلحة أو عدم الضرر وأنهم متمكّنون من الفسخ حتى فيما إذا أوجب ذلك فساداً وضرراً على الديّان ، فإذا كان الميت قد باع ماله بمائتين وقد نزلت القيمة بعده بحيث لو فسخوا المعاملة فعلاً لما يسوى بأكثر من مائة لجاز للورثة فسخها ولو كان ذلك موجباً للمفسدة على الديّان حيث يخرج عن الميت مائتا درهم ويدخل في مقابله مائة ؟

فإن اعتمدنا في إرث الورثة على قوله « ما تركه الميت فلوارثه » وقد أحرزنا صغرى ذلك من الخارج ، أي استفدنا أنّ الحقوق أيضاً ممّا تركه الميت وأنه ينتقل إلى الورثة ، فلا نشترط في جواز فسخ الورثة شيئاً من كون الفسخ لمصلحة الديّان أو كونه غير موجب للمفسدة عليهم ، وذلك لاطلاق الدليل وعدم وجوب حفظ مال الغرماء على الورثة ، فإنّ أموال الميت تنتقل إلى الديّان على نحو القضية الحقيقية بمعنى أنّ ما كان مالاً للميت ينتقل إليهم ، وأمّا إيجاد المال له أو إبقاؤه فوجوبه على الورثة يحتاج إلى دليل .

وأمّا إذا اعتمدنا في إرث الحقوق على الاجماع دون قوله (عليه السلام) « ما تركه الميت فلوارثه » لأنه لا يتكفّل لاحراز موضوعه ولا يدلّ على أنّ الحقوق أيضاً ممّا تركه الميت ، فلابدّ من الاقتصار فيه على المورد المتيقّن وهو غير صورة استغراق الدين للتركة ، وعلى تقدير شمول الاجماع لهذه الصورة فالمتيقّن كون الفسخ على مصلحة الديّان أو على غير ضررهم فإنه لا إجماع على انتقال الخيار إلى الورثة عند كون فسخهم موجباً للمفسدة على الديّان قطعاً ، كما لا إجماع على إرث الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق .

الجهة الثانية : إذا كان على الميت دين مستغرق للتركة وكان الفسخ لمصلحة الديّان كما إذا فرضنا أنّ الميت باع ماله بمائة وهو يسوى بمائتين فعلاً فإنّ الفسخ حينئذ لمصلحة الديّان ، فهل يجب على الورثة الفسخ ويجبرون عليه ، أو أنّ لهم فسخه كما لهم تركه ؟ وهذا هو الصحيح إذ لا يجب على الورثة التحفّظ على بقاء مال الميت أو إيجاده ، فإنه كما عرفت على نحو القضية الحقيقية وأنه على فرض كون الميت مالكاً لمال يتملّكه الديّان فلا يجب عليهم إيجاد المال له ولا إبقاؤه .

الجهة الثالثة : إذا فرضنا أنّ الورثة فسخوا المعاملة أو المشتري فسخها بخياره فما هو حكم المشتري بالاضافة إلى الرجوع إلى نفس ثمنه إذا كان باقياً أو إلى بدله ، هل يرجع إلى عين ثمنه إذا كانت موجودة أو يرجع إلى بدلها مطلقاً كان للميت دين أم لم يكن وكان له مال أو لم يكن له مال ؟.

ظاهر كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ هذه المسألة أعني مسألة ما إذا اجتمع الورثة على الفسخ ورجوع المشتري إلى عين ثمنه وعدمه متفرّعة على إرث الخيار وانتقاله من الميت إلى الورثة ، وأنه إذا قلنا بانتقال الخيار إليهم واجتمعوا وفسخوا فهل يرجع المشتري إلى عين ماله أو إلى بدله .

ولكن الصحيح أنّ المسألة مستقلّة وهي مسألة برأسها من غير أن تكون متفرّعة على القول بانتقال الخيار إلى الورثة ، إذ يمكن جريان هذا النزاع على القول بعدم إرث الخيار كما إذا كان للمشتري الخيار وقد فسخ بعد موت البائع فإنه نافذ بلا خلاف ، أو وقع بينه وبين الورثة خلاف انجر إلى التحالف وانفساخ المعاملة فيتكلّم حينئذ في أنّ المشتري هل يرجع إلى عين ماله إذا كان موجوداً أو إلى بدله ، والصور المترتّب عليها الأثر في المقام ثلاث :

---

(١) [illegible] ١٢٠ .

الصورة الأُولى : ما إذا كان على الميت دين مستغرق وكان له مال ، فإن لم يكن عين الثمن باقية على ملك الميت كما إذا أتلفه الميت في حياته أو وهبه أو باعه فلا محالة يطالبه المشتري ببدل ماله وينتقل المبيع إلى الميت ويصرف في ديونه التي منها ثمن المشتري .

وأمّا إذا كان عين الثمن موجودة فالصحيح أنّ المشتري يرجع إليها بعينها ويطالبها ، وذلك لأنها كغيرها من أموال الميت باقية على ملك الميت ولم ينتقل إلى الورثة شيء بناء على ما قدّمناه من أنّ الانتقال إلى الورثة إنما هو بعد الدين والوصية ، فالأموال ملك نفس الميت وحيث إنّ الثمن موجود فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من المالين إلى مالكهما فيرجع المبيع إلى ملك الميت والثمن إلى ملك المشتري لبقائه في ملك الميت لا أنه ملك الورثة وغاية الأمر أنه متعلّق لحق الغير كما على القول بانتقال التركة إلى الورثة بالموت وسيظهر حكم المسألة بناء على هذا القول من مطاوي ما نذكره في المقام ، وهذا ظاهر .

الصورة الثانية : ما إذا لم يكن للميت مال أصلاً لا عين الثمن ولا غيره بل أخذ الثمن وصرفه ومات ولم يبق شيئاً ، فإذا فسخ المشتري أو اجتمع الورثة على الفسخ فهل يسوغ للمشتري أن يطالب الورثة ببدل ثمنه لأنهم يقومون مقام الميت أو لا يسوغ له ذلك لأنّ طرف المعاملة إنما كان هو الميت وقد مات ولا مال له والورثة لم ينتفعوا منه بشيء فكيف يتضرّروا بدفع بدل الثمن إلى المشتري ؟

وقوّى شيخنا الأنصاري[1] بالأخرة رجوع المشتري إلى الورثة لأنهم بأجمعهم يقومون مقام الميت والمشتري يرجع إليهم ، ولا يشترط في فسخهم أن يدفعوا الثمن من ملك الميت بل يمكنهم أن يدفعوه من ملك نفسهم كما في حق الشفعة

---

(١) المكاسب ٦ : ١٢٦ .

لأنهم يأخذون الحصة المبيعة من المشتري بمال نفسهم لا بمال الميت فكذا في الفسخ بالخيار ، هذا .

والظاهر أنّ هذا النزاع يبتني على أنّ الفسخ بالخيار هل هو تملّك جديد أو أنه حل للعقد السابق وإعدامه بقاءً وكأنه بحسب البقاء لم يوجد عقد أصلاً ؟ وبعبارة أوضح أنّ الخيار ملك تملّك جديد أو أنه ملك حل العقد السابق ؟ فعلى الأول يرجع المشتري إلى الورثة فيتملّكون المبيع تملّكاً جديداً ويدفعون الثمن إلى المشتري في مقابله ، كما هو كذلك في الأخذ بالشفعة فإنّ الورثة لا يفسخون العقد الواقع على حصة الشريك ولا يجعلونه كالعدم بحسب البقاء وإنما يتملّكون الحصة من المشتري بتملّك جديد ويدفعون مثل الثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع الشريك .

وأمّا على الثاني فالفسخ إنما يوجب ارتفاع العقد ويجعله كالعدم بقاءً ، ومن الظاهر أنّ المعاملة إنما وقعت بين المشتري وبين الميت ، فإذا ارتفعت المعاملة فيرجع كل من المالين إلى مالكهما ، فيرجع المبيع إلى ملك الميت ويطالبه المشتري ببدل ثمنه فلابدّ من صرف المبيع في دفع بدل الثمن إذا لم يكن للميت دين آخر ، وأمّا إذا كان له دين آخر أيضاً فيصرف المبيع في أداء كلا الدينين وحينئذ فبأيّ وجه يطالب المشتري بدل ثمنه من الورثة مع أنهم خارجون عن طرف المعاملة وكيف يدفعون بدله ويتضرّرون بذلك من دون أن ينتفعوا من الميت بشيء ، وقد عرفت أنّ معنى الفسخ ليس إلّا حلّ العقد السابق لا أنه تملّك جديد .

وأمّا الشفعة فقد عرفت أنّها ليست بفسخ وإنما هي تملّك جديد ثبت بدليله وهو تخصيص في أدلّة التجارة عن تراضٍ فإنه يأخذه من المشتري بلا رضاه بمثل الثمن الذي دفعه المشتري إلى الشريك قليلاً كان أم كثيراً .

والمتحصّل : أنّ ما قوّاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، بل المشتري لا يرجع إلى الورثة بشيء ويكون الميت مديوناً له ببدله ، نعم

نحن لا ننكر عدم كون الورثة كالوكيل والنائب عن الميت فإنّ الخيار حق لهم، وإنما الكلام في متعلّق ذلك الحق وأنه هو حل العقد السابق الواقع بين الميت والمشتري أو هو التملّك الجديد ليصرف المبيع المرجوع إلى ملك الميت في أداء دينه، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) من أنّ المشتري أولى بالمبيع من غيره من الغرماء وأنه إذا كان له دين آخر يكون المشتري كأحد الغرماء فيضرب معهم بلا تقدّم للمشتري على سائر الديّان.

الصورة الثالثة: ما إذا كان للميت مال ولم يكن عليه دين أصلاً أو كان عليه دين غير مستغرق لتركته وقد فسخ المشتري أو الورثة، فإن لم تكن عين ثمنه موجودة لأنّ الميت أتلفه أو وهبه فلابدّ من أن يرجع المشتري إلى الميت ببدل ثمنه وهو دين عليه لابدّ من أدائه، وأمّا إذا كانت عين ثمنه موجودة فهل له المطالبة بعين ثمنه أو لا ؟

والتحقيق أنّها بالفسخ يرجع إلى ملك المشتري كما أنّ المبيع يرجع إلى ملك الميت، ومع وجود عين مال المشتري لا تنتهي النوبة إلى البدل، وهذا لأجل السيرة القائمة على رجوع عين المال إلى المشتري أو إلى البائع بالفسخ، بل هذا الذي ذكرناه ممّا لا خلاف فيه في بيع الخيار كما إذا اشترى داراً ببيع الخيار ثم مات وانتقلت الدار إلى الورثة ثم جاء البائع بالثمن وفسخ المعاملة فإنه يطالب بعين داره، ولا يمكن ردّ بدلها إليه بدعوى أنها انتقلت إلى الورثة، وذلك لما عرفت من جريان السيرة على ردّ عين المال مع وجودها، وفي المقام أيضاً إذا فسخت المعاملة فالمشتري يطالب بعين ماله.

والسرّ فيما ذكرناه أنّ الورثة إنما يتلقّ الملك من المورّث فينتقل الملك إلى

---

(١) منية الطالب ٣ : ٣٠٥.

الورثة على نحو كان للمورّث ، فإذا فرضنا أنّ ملكية المورّث للمال كانت مقيّدة بعدم الفسخ فينتقل الملك إلى الورثة أيضاً مشروطاً بعدم الفسخ ، فإذا فسخ فلا محالة يخرج عن ملك الورثة إلى مالكه الأوّلي ، كما أنّ العين إذا كانت متعلّقة لحق الرهانة فتنتقل إلى الورثة متعلّقة لحق الرهانة ، ولا يكون الملك بسبب الارث زائداً على ملك المورّث ولا يحدث بسببه أمر زائد ، وحيث كانت عين الثمن ملكاً للمورّث موقتاً بالفسخ فلا محالة ينتقل إلى الورثة أيضاً موقتاً بالفسخ ، فإذا حصل الفسخ فلا محالة يخرج عن ملكهم ، ولأجل السيرة ذكرنا أنه لا فرق في هذه الصورة بين عدم الدين على الميت أصلاً وبين دينه لا على وجه الاستغراق ، وهذا ظاهر .

نعم للمورّث أو الوارث أن يتصرّفوا في العين قبل فسخ المشتري أو البائع ببيعها وهبتها وإتلافها وغير ذلك من التصرفات ، إلّا أنها إذا كانت باقية بحالها وفسخ المشتري أو البائع فلا محالة يرجع إليها بعينها ، والوجه في جواز تصرّفاتهم في المال قبل فسخ المعاملة هو ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ المقيّد في هذه الموارد هو المالكية والسلطنة دون المملوك ، وله سلطنة على المال مقيّدة بوقت كسلطنة شهر مثلاً إلّا أنّ سلطنته في وقتها تامّة وله أن يتصرّف في مدّة سلطنته تصرّفاً يبقى إلى آخر الأبد ، فإنه ينفذ لصدوره من أهله وإن ارتفعت سلطنته بعد مدّة ، وهذا نظير السلطان الموقت فله أن يتصرّف أيّ تصرّف في سلطانه في مدّة سلطنته ، وللورثة والمورّث أن يبيعوا المال أو يعدموه ، وهذا ظاهر .

نعم يستثنى من ذلك موارد اشتراط الخيار في المعاملة كما سيأتي إن شاء الله تعالى فإنّ المشتري مثلاً لا يمكنه بيع المبيع في زمان الخيار بدعوى أنه مسلّط على ماله ، وذلك من جهة الاشتراط الضمني ، فإنّ معنى جعل الخيار اشتراط أن لا يتصرّف المشتري في المال تصرّفاً لا يبقى لفسخه المجال ، وسيأتي تفصيل ذلك في

أحكام الخيار[1] إن شاء الله تعالى .

هذه هي الصور المرتّب عليها الأثر في المقام وبقية الصور وإن كانت كثيرة إلّا أنها لا يرتّب عليها الأثر ، وقد ذكر شيخنا الأنصاري في أواخر كلامه أنّ المسألة تحتاج إلى تنقيح زائد ، وكتب السيد في حاشيته[2] أنّ الشيخ (قدّس سرّه) لم ينقّح المسألة أصلاً لا أنه نقّحها ولكنّه يحتاج إلى تنقيح زائد .

وما أفاده صحيح لأنّ الشيخ (قدّس سرّه) لم يتعرّض إلّا لبيان صوره وأقسامه ولم أرَ من تعرّض لما ذكرناه في وجه رجوع المشتري إلى عين ثمنه من تبعية ملك الورثة لملك مورّثه بحسب الكيفية .

القول فيما لو كان الخيار لأجنبي ومات

إذا بنينا على إرث الخيار فيما إذا كان لأحد المتعاقدين ثم مات وقلنا بانتقاله إلى ورثته فهل الأمر كذلك فيما إذا كان الخيار للأجنبي ثم مات فينتقل إلى ورثته أو أنه ينتقل إلى المتعاقدين أو أنه يسقط ؟ وجوه .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[3] أنّ السقوط لا يخلو عن قوّة ، لاحتمال مدخلية نفس الأجنبي في ثبوت الخيار بأن يكون الخيار ثابتاً له بخصوصه وإذا مات يرتفع لا محالة .

وما أفاده وقوّاه من السقوط في المقام هو الصحيح ، إلّا أنه لا من جهة ما اعتمد عليه من احتمال مدخلية شخص الأجنبي في ثبوته ، وذلك لأنّ محل الكلام هو

---

(١) في الصفحة ١٧٦ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٥١ أحكام الخيار .

(٣) المكاسب ٦ : ١٢٧ .

ما إذا ثبت الخيار لخصوص الأجنبي لا للأعم منه ومن وارثه وإلّا لخرج عن عنوان الارث ويثبت لوارثه من الابتداء ، ولكنّا مع فرض ثبوت الخيار لخصوص الأجنبي نتكلّم في جواز التعدّي عنه إلى وارثه من جهة أدلّة الإرث ، فالقطع بمدخلية خصوص الأجنبي لا يضرّ بانتقاله إلى وارثه فضلاً عن احتمال مدخليته سيّما في الخيارات المجعولة شرعاً لأنها تختص بخصوص من جعل له دون الأعم ، ولكنّنا نثبته للورثة بأدلّة الارث ، إذن فلابدّ من المراجعة إلى أدلّة إرث الخيار لنرى أنها تقتضي انتقاله إلى الورثة في مثل ما إذا جعل للأجنبي أو لا .

فإن اعتمدنا في إرث الخيار على الاجماع فلا محالة يسقط الخيار بموت الأجنبي ، لأنّ الاجماع لم يقم على إرثه فيما إذا جعل للأجنبي ، وهذا ظاهر .

وأمّا إذا اعتمدنا على قوله (عليه السلام) « ما تركه الميت من حق فلوارثه »[1] فكذلك أيضاً ، إذ لا يصدق على خيار الأجنبي عنوان ما تركه من حق فإنه لا يعدّ حقاً بعد ما لم يكن موجباً لجلب منفعة للأجنبي ولا لدفع ضرر عنه ، ومجرد ملك حل العقد من دون أن يرجع إليه نفع أو دفع ضرر لا يعدّ حقّاً أو لا أقل نشك في صدقه عليه وهو يمنع عن التمسّك بالحديث فلا محالة يسقط ، هذا .

على أنّا ذكرنا أنّ حقيقة جعل الخيار ترجع إلى تحديد الملكية بالفسخ ، وفي المقام إنما حدّدناها بفسخ الأجنبي فإذا مات ارتفع فسخه فلا وجه لانتقاله إلى ورثته فيسقط .

ثم إنه وقع الكلام في أنه إذا جعل الخيار للعبد فهل هو كالحر وجعل الخيار له صحيح أو لا ؟ وعلى الثاني فهل يثبت الخيار لمولاه أو لا ؟ ونحن وإن جرت عادتنا على إلغاء المباحث الراجعة إلى العبيد والاماء ، إذ لا وجود لهما في الخارج إلّا أنّا

---

(١) [لم نعثر عليه في المجاميع الحديثية ، نعم أورده الفقهاء في كتبهم كالمسالك ١٢ : ٣٤١] .

نتعرّض لهذه المسألة في المقام لقصرها .

أمّا صحة جعل الخيار للعبد فالظاهر أنّها مما لا ينبغي الإشكال فيه ، وذلك لأنّ تصرّفات العبد فيما يرجع إلى نفسه وإن لم تكن نافذة على ما دلّت عليه الآية المباركة ﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾[1] و ورد في بعض الأخبار[2] أيضاً مستدلاً بأنّ تزويج العبد لنفسه أو طلاقه زوجته شيء وقد قال تعالى ﴿عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ إلّا أنّ تصرفاته الراجعة إلى الغير كفسخ عقد الغير أو إمضائه مما لم يدلّ دليل على بطلانها ، لأنها لم يمنع عن حق مولاه فلا مانع من جعل الخيار للعبد .

وأمّا ثبوت خيار العبد لمولاه فهو أيضاً ممّا لا وجه له ، فإنّ مولاه ليس بوارث للعبد وقد منعنا عن ثبوت خيار الأجنبي لوارثه فضلاً عن انتقاله إلى غير وارثه .

الكلام في تصرّفات ذي الخيار

وتصرّفاته تارةً فيما انتقل إليه وأُخرى فيما انتقل عنه . أمّا تصرفاته فيما انتقل إليه فقد تقدّم الكلام فيها في خياري العيب[3] والغبن[4] وقد ذكرنا أنّ تصرفاته فيما إذا كان بقصد إسقاط الخيار وإجازة المعاملة بحيث كان مصداقاً للاجازة توجب السقوط والامضاء ، إذ لا يعتبر في إمضاء المعاملة اللفظ بل الاجازة اللفظية والفعلية

---

(١) النحل ١٦ : ٧٥ .

(٢) الوسائل ٢٢ : ١٠١ / أبواب مقدّمات الطلاق ب ٤٥ ح ١ .

(٣) راجع المجلّد الرابع من هذا الكتاب الصفحة ١٤٠ وما بعدها .

(٤) [illegible]

على حدّ سواء .

وأمّا إذا لم يصدر تصرفاته بقصد إمضاء المعاملة ولم تكن مصداقاً للاجازة فلا وجه لاسقاطها الخيار كما مرّ اللهم فيما قام على سقوطه به دليل كما دلّ على مسقطية التقبيل واللمس والنظر إلى ما لا يجوز النظر إليه لغير المالك في خيار الحيوان ، فإذا قبّل المشتري الأمة فهو يوجب سقوط خياره تعبّداً ، فالمسقط الفعلي على قسمين : أحدهما مصداق فعلي للاسقاط كما إذا قصد به السقوط . وثانيهما : ما إذا كان التصرف مسقطاً تعبّدياً .

وأمّا تصرفاته فيما انتقل عنه فهي أيضاً فيما إذا كانت مصداقاً للفسخ كما إذا قصد بها الفسخ ممّا لا ينبغي التأمّل في كونها كافية في الفسخ ، إذ لا فرق بين الفسخ القولي والفعلي وهذا ظاهر .

وأمّا إذا لم يكن مصداقاً للفسخ فلا وجه لكونه فسخاً وإن ذكر بعضهم كالعلّامة(١) وابن إدريس(٢) أنّ كل فعل يكون إجازة فيما إذا وقع على ما انتقل إليه يكون فسخاً فيما إذا وقع على ما انتقل عنه وكأنه بينهما ملازمة ، إلّا أنّك عرفت أنه لا ملازمة بينهما فإنّ الحكم بكون مثل التقبيل واللمس في الأمة المشتراة إجازة فيما إذا صدر عن المشتري إنما هو من جهة النص والتعبّد الشرعي ، وليس نص في ما إذا وقع على ما انتقل عنه حتى نلتزم بكونه فسخاً تعبّدياً ، فمثل هذه التصرفات لا تكون فسخاً بحسب الواقع فيما إذا وقعت على ما انتقل عنه .

فهل يمكن أن يقال بأنها فسخ في مقام الظاهر وإن لم تكن فسخاً في مقام الثبوت من جهة حمل فعل المسلم على الصحيح ، لأنّ أمرها يدور بين أن تكون

---

(١) التذكرة ١١ : ١٨٨ .

(٢) السرائر ٢ : ٢٨٢ .

محرّمة لأنها تصرّف في ملك الغير بدون إذنه ، وأن يكون فسخاً لتكون تصرّفاته واقعة في ملكه ولا تقدح في عدالته .

ذكر جماعة أنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح ويمنع عن ارتكاب الحرام فيتعيّن أن تكون تصرّفاته فسخاً ، واختاره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أيضاً وذكر في المقام أنّ أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من الأمارات الشرعية المعتبرة ولوازمها حجّة ، فإذا دلّت على أنه فعل مباحاً فيلزمه أن يكون المتصرف قاصداً للفسخ بتصرفه حتى يدخل بذلك في ملكه ولا يكون مرتكباً للحرام ، وليست هي من الأُصول التعبّدية حتى يقال إنّها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ لما تقرّر من أنّ الأُصول التعبّدية لا تثبت إلّا اللوازم الشرعية لمجاريها ، وهنا كلام مذكور في الأُصول انتهى .

وقد ذكرنا نحن في الأُصول(٢) أمرين :

أحدهما : أنّ المثبت سواء كان أصلاً أو أمارة ممّا لا دليل على اعتباره وأنّ ما اشتهر من كون مثبتات الأمارات حجّة دون الأُصول كلام لا أساس له إلّا فيما إذا كانت الأمارة من قبيل الحكايات والاخبارات والاقرار ونحوها (أعني باب الألفاظ) فإنّ الدليل الدالّ على حجّية الألفاظ في مداليلها المطابقية وهو بناء العقلاء بعينه دلّ على اعتبارها في مداليلها الالتزامية ، بخلاف غير الموارد المذكورة فإنّ غيرها أمارة كانت أم أصلاً لا دليل على حجّية مثبتاتها ، وقد مثّلنا لذلك بالظن فإنه حجّة في باب القبلة بخصوصها ومن قبيل الأمارات ، لما دلّ من أنه إذا لم يتمكّن من إحراز القبلة يأخذ بما هو أحرى فإذا أخذ بظنّه وبه أحرز القبلة فلا يثبت به لازمه

(١) المكاسب ٦ : ١٣٢ .

(٢) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ١٨٥ ـ ١٨٦ .

وهو دخول الوقت فيما إذا زالت الشمس عن جهة القبلة المحرزة بالظن كما في العراق مع أنّ الظن من الأمارات، وعليه فإذا سلّمنا أنّ أصالة حمل المسلم على الصحيح من الأمارات أيضاً نمنع عن حجّيتها في لازمها ولا يثبت بها أنّ المتصرّف قصد الفسخ.

وثانيهما: ما ذكرناه[١] تبعاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح لا تثبت بها لوازمها، وقد مثّل هو (قدّس سرّه) بما إذا سمعنا كلاماً وتردّد بين أن يكون سبّاً أو سلاماً فإنّا نحمله على صحيحه وهو السلام إلّا أنه لا يثبت وجوب الجواب عنه أيضاً. وما أفاده (قدّس سرّه) هو الصحيح، لأنّ أصالة حمل فعل المسلم على الصحيح لم يدلّ الدليل على حجّيتها بالنسبة إلى لوازمها أيضاً وإنما ثبت بأمثال قوله «ضع أمر أخيك على أحسنه»[٢] ونحوه ممّا لا يدلّ إلّا على عدم اتّهام المسلم بأنه فعل حراماً وصار فاسقاً دون ترتيب آثار الصحة الواقعية، فإذا سمعنا كلاماً ودار أمره بين السب والهبة وحملناه على أنه وهب ماله لنا فمعناه أنه لم يرتكب المحرّم ليكون فاسقاً، وأمّا أنه وهبه في الحقيقة حتّى نتملّكه فلا وعليه فلا وجه لعدّ الأصالة المذكورة من الأمارات التي تثبت لوازمها.

فالصحيح أنّا نحمل فعل المتصرّف على صحيحه ولا نتّهمه بارتكاب الحرام وأمّا ترتيب آثار ذلك بحسب الواقع حتى نحكم بأنه قصد التصرّف أيضاً فلا.

والمتحصّل إلى هنا: أنّ حمل تصرّف المسلم على الصحيح والحسن لا يستلزم الحكم بأنه قصد الفسخ بفعله ولا يمكن استكشافه به، هذا كلّه.

على أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه مثلاً لا يكون في جميع الموارد قبيحاً

---

(١) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨): ٤٠٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٠٢ / أبواب أحكام العشرة ب١٦١ ح٣.

لنحمله على الحسن ، وهذا كما إذا باع ما انتقل عنه أو وهبه أو وقفه فإنّ أمثال هذه التصرفات الاعتبارية ممّا لا يشمله أدلّة حرمة التصرف في مال الغير ، لأنها محض اعتبارات فلا يجري فيها حمل فعل المسلم على الصحيح فكيف يستكشف بها أنّ المتصرف قد قصد بتصرّفه الفسخ .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بأنها وإن لم تكن قبيحة على كل حال إلّا أنّ ظاهر حال المتصرف أنه لا يتصرف في مال الغير وبه يثبت أنه يتصرف في مال نفسه ، وهذا إنما يتحقّق مع إرادة الفسخ إذ لولاه لما يكون التصرف في المال تصرّفاً في مال نفسه ، هذا .

ولا يخفى أنّ الظاهر وإن كان كما أفاده ، لأنّ الغالب في تصرفات المتصرفين هو التصرف في أموال نفسهم والتصرف الفضولي قليل ، إلّا أنّ الغلبة لا تقتضي أزيد من إلحاق المشكوك بالغالب ظنّاً فيقال إنّ تصرف المشتري فيما انتقل عنه مردّد بين كونه تصرفاً في مال نفسه وكونه تصرفاً في مال غيره فنلحقه بالأعم الأغلب ولكن الغلبة لا تفيد إلّا الظنّ بالالتحاق ، ولا حجّية في الظن وإن ظننا أنّ تصرفاته تصرف في مال نفسه لأجل الغلبة ، فإذا تصرف أحد في مال بهبته أو ببيعه وشككنا في أنه يتصرف في مال نفسه أو مال غيره فلا يمكننا الحكم بصحة الهبة وانتقال المال إلى الموهوب له بمجرد الغلبة والظن بأنه يتصرف في مال نفسه .

وأمّا الظن الحاصل من ظواهر الألفاظ فاعتباره إنما ثبت بدليل خاص ، وفي المقام أيضاً لو دلّ دليل على اعتبار الظن الحاصل من الغلبة لقلنا باعتباره وحكمنا بمقتضاه بأنّ المتصرف قصد الفسخ .

وأمّا أصالة عدم قصد العقد عن الغير ، ففيها : أنّها لا تثبت قصد المتصرف

---

(١) المكاسب ٦ : ١٣٢ ـ ١٣٣ .

العقد عن نفسه . على أنّا ذكرنا في بيع الفضولي أنّ قصد البيع عن الغير ممّا لا أثر له في المبيع الشخصي ، لأنّ البيع مبادلة بين المالين وكونها واقعة عن شخص خاص لا مدخلية له في المعاملة ، فسواء قصد البيع عن الغير أو عن نفسه تقع المعاملة فضولية لأنّ المال ليس له .

وبالجملة : أنّ قصد العقد عن الغير لا أثر له في إثبات فضولية العقد لأنه فضولي ولو مع قصده البيع لنفسه ، نعم لابدّ من قصد من يقع له البيع فيما إذا كان المبيع كلّياً لأنّ الكلّي ما دام لم تضف إلى ذمّة لا يكون مالاً ، فلابدّ من تعيين من يضاف إليه الكلّي فإذا لم تجرِ أصالة عدم قصد العقد عن الغير وشككنا في أنه هل فسخ العقد بتصرفه أم لم يفسخه فأصالة عدم الفسخ محكّمة .

القول في أنّ الفسخ يحصل بنفس التصرف أو قبله

إذا علمنا أنّ ذا الخيار تصرف فيما انتقل عنه قاصداً به الفسخ يقع الكلام في أنّ الفسخ حينئذ هل يحصل بنفس التصرف أو أنه يحصل قبل التصرف بآن أو أنه يحصل بعد الشروع في التصرف في أثنائه ؟ فيه وجوه ثلاثة .

ذهب جماعة إلى أنّ الفسخ يحصل قبل التصرف بحيث يقع التصرف في ملك نفسه من جهة أنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح ، وهذا إنما يتحقّق فيما إذا قلنا بحصول الفسخ قبل التصرف حتى لا يقع شيء منه في ملك الغير . وهذا القول هو ظاهر كلمات جماعة من الأصحاب أو محتملها كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

---

(١) المكاسب ٦ : ١٣٤ .

ويستشكل على هذا الوجه : بأنّ المدار في صحة العقود والايقاعات على الاعتبار النفساني المبرز في الخارج ، بمعنى أنّ المبرز مع الاعتبار النفساني هو الذي يرتّب عليه الآثار عند العقلاء وإمضاء الشارع ، وأمّا مجرد الرضا الباطني أو الارادة القلبية فممّا لا أثر له ولا يكون ممضى شرعاً .

وأمّا ما ورد في بعض أخبار خيار الحيوان من قوله (عليه السلام) « وذلك رضى منه »[1] فليس معناه أنّ الرضا الباطني كافٍ في لزوم المعاملة ، بل المراد بالرضا فيه هو الرضا العملي حيث إنه حمل على الفعل الخارجي وقال (عليه السلام) « فإذا لامس أو قبّل فذلك رضى منه » فكيف يعقل أن يكون الفعل الخارجي مصداقاً للرضا القلبي ويحمل عليه ، إذ أحدهما فعل خارجي والآخر فعل قلبي ولا معنى لاتّحادهما ، إلّا أن يراد منه الرضا العملي أي إمضاء البيع عملاً كما ذكرناه هناك وقلنا إنّ الرضا قلبي وعملي .

وبالجملة : أنّ الرضا القلبي والارادة لا يترتّب عليهما الأثر في باب المعاملات ، نعم التصرف يكشف عن قصده الفسخ قبل عمله إلّا أنه ليس بفسخ بل إرادة الفسخ ، هذا .

وأضف إليه : أنّ لازم هذا الكلام أن لا يتحقّق الفسخ بالألفاظ أبداً بل يكون إنشاء الفسخ بالألفاظ دائماً مسبوقاً بارادة الفسخ وهي التي توجب الانفساخ لا الانشاء اللفظي ، وهذا ينافي تسالمهم على أنّ الألفاظ ينشأ بها الفسخ .

ومن هنا ذهب آخرون إلى أنّ الفسخ يحصل بعد التصرف ولو بعداً رتبياً وإن كانا متّحدين بحسب الزمان ، فيكون عمله الخارجي مبرزاً لفسخه ، ولازم هذا القول أن تكون التصرفات الصادرة من ذي الخيار فيما انتقل عنه محرّمة وتصرفاً في

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (باختلاف يسير) .

ملك الغير أو باطلة في مثل العتق والبيع لأنهما يتوقّفان على الملك ولا ملك قبلهما فلو توقّف الملك أيضاً عليهما لدار ، فإذن وقعنا في الإشكال في الوضعيات والتكليفيات .

نعم ، إذا قلنا في بيع الفضولي بصحة البيع فيما إذا باعه فضولياً ثم ملكه مطلقاً أو إذا أجازه يمكن تصحيح البيع في المقام فيما إذا أجازه بعد تصرفه وبيعه أو مطلقاً على الخلاف لتملّكه له بعد تصرفه وإن كان قبله فضولياً ، وأمّا العتق فلا لأنه ممّا لا يقبل الصحة بالاجازة المتأخّرة بناءً على ما تسالموا عليه من عدم جريان الفضولي في الايقاعات .

واختار شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وجهاً ثالثاً متوسطاً بين الوجهين المتقدمين : وهو أنّ الفسخ لا يحصل قبل التصرف كما لا يتوقّف حصوله على إتمامه وإنما يحصل بمجرد الشروع في العمل واشتغاله به ، ففي أثنائه يحصل الفسخ ويملك المال .

وبعبارة أُخرى : أنّ الفسخ يتحقّق بأوّل جزء من أجزاء السبب ، وباقي الأجزاء والمسبّب يقعان في الملك الحاصل بالفسخ ، لأنّ اشتغاله به وشروعه فيه مبرز فعلي لفسخه من دون حاجة إلى إتمام العمل . نعم يقع أول تصرفه في ملك الغير فيحرم إلّا أنه في أثنائه يدخل في ملكه ولا يحرم بحسب بقائه ، وبه يحصل البيع والعتق وغيرهما ممّا يتوقّف على الملك ، والوجه في ذلك أنّ المستفاد من النواهي الواردة في بيع ما ليس عنده أو بيع ما لا يملك ونحوهما هو النهي عن إيقاع المعاملة بتمامها في ملك الغير أو عن إيقاع العتق بتمامه في ما لا يملكه ، وأمّا إيقاعهما فيما ليس يملكه في أوّلهما ويملكه في أثنائهما فلا .

---

(١) المكاسب ٦ : ١٣٨ ـ ١٣٩ .

أو يقال : إنّ المراد بالبيع ونحوه المنهي إيقاعه في غير الملك ليس هو البيع اللفظي والانشائي أعني السبب ، بل المراد به واقع البيع والمسبّب ، ولا إشكال أنه يقع في ملك نفسه ، لأنّ المسبّب إنّما يحصل بعد إيجاد سببه والمفروض حصول الفسخ في أثناء سببه ، فالملك يتحقّق قبل المسبّب في أثناء سببه .

وبعبارة اُخرى : النهي إنما تعلّق على إيجاد المسبّب في ملك الغير دون مجرد السبب والألفاظ فإنها لا يتوقّف على الملك بالبداهة ، وقد عرفت أنّ الفسخ يحصل بالجزء الأول من أجزاء السبب وبه يتحقّق الملك فالمسبّب وباقي الأجزاء يقعان في الملك .

وعلى ما أفاده (قدّس سرّه) يقع أول الوطء زناً وإتمامه وطئاً في ملكه إلّا أن يسبق الوطء بمقدّماته وغيرها ممّا يحصل به الفسخ قبل الوطء فإنه بتمامه يقع في ملكه حينئذ .

وبعد ذلك أفاد أنّ ما اختاره المحقّق والشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوّة وبه يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً ووضعاً .

ولا يخفى أنّ ما اختاره المحقّق(١) والشهيد(٢) الثانيان هو عدم وقوع شيء من التصرفات في ملك الغير ، ومختاره (قدّس سرّه) هو أنّ أوّل تصرفاته واقعة في ملك الغير ومحرّمة ، وفي أثنائه يخرج عن الحرمة وملك الغير لا من الابتداء ، فكيف قوّى (قدّس سرّه) ما اختارهما ، هذا أوّلاً .

وثانياً : لم يظهر ارتفاع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً بما أفاده ، لأنّ لازم ما اختاره (قدّس سرّه) كما بيّنّاه في مثال الوطء وقوع أول

---

(١) جامع المقاصد ٤ : ٣١٠ .

(٢) المسالك ٣ : ٢١٦ .

التصرفات محرّمة وفي ملك الغير، فالإشكال مندفع في الوضعيات دون التكليفيات .

ولا يخفى عدم إمكان المساعدة على ما أفاده (قدّس سرّه) وذلك لأنّ الفسخ إنما يحصل بتمام البيع ونحوه لا بجزء منه فإنه لا يكون مصداقاً للفسخ ، ومن هنا لو قال بع فندم ولم يلحق سائر أجزائه به نلتزم بعدم حصول الفسخ ، فإنّ المبرز للفسخ إنما هو التصرف الاعتباري كالبيع في أمثال المعاملات ، وبعض أجزائه ليس تصرفاً اعتبارياً أي ليس بيعاً حتى يكون مصداقاً للفسخ ، نعم صدور جزء منه يكشف عن إرادة الفسخ وقد عرفت أنّ إرادة الفسخ ليست بفسخ ، إذ الفسخ الفعلي يتحقّق بتحقّق الفعل في الخارج كالبيع وأمّا جزؤه فهو ليس بفعل اعتباري فلا يقع به الفسخ .

بل لو التزمنا بما أفاده (قدّس سرّه) في المقام من حصول الفسخ في الفسخ الفعلي بجزء منه للزم منه أن نلتزم به في الفسخ اللفظي أيضاً ويقال إنّ الفسخ يحصل بحرف الفاء من قوله فسخت ولا يتوقّف على تمامه ، ولازم ذلك إنكار تحقّق الفسخ باللفظ لأنه يحصل بجزء منه على الفرض ، وهذا على خلاف المتسالم عليه بينهم من أنّ الفسخ يتحقّق باللفظ ، وهو (قدّس سرّه) أيضاً لا يلتزم بحصول الفسخ بحرف الفاء من قوله فسخت مع أنّ الفعل كاللفظ من حيث تحقّق الفسخ بهما ، فما أفاده (قدّس سرّه) ممّا لا يمكن الالتزام به ، إذن فإشكال الوضعيات والتكليفيات باقٍ على حاله .

والذي ينبغي أن يقال في المقام جواباً عن ورود الإشكال في الوضعيات والتكليفيات : هو أنّ الفسخ فعل من أفعال الفاسخ ، وفي مثل المعاملات المتوقّفة على إيجاب وقبول ليس فعل الفاسخ إلّا الايجاب فقط ، وأمّا القبول فهو فعل شخص آخر لا ربط له بالفاسخ ، والفسخ إنما يبرز بنفس الايجاب وبتحقّق الفسخ يرجع إليه الملك ، والحال أنّ البيع أو الهبة لم يتحقّقا بعد لتوقّفهما على قبول المشتري والمتّهب فإذا تحقّق منهما القبول فقد حصل البيع والهبة في ملك نفسه الحاصل قبل البيع والهبة

بالايجاب ، فما يتوقّف عليه البيع حاصل قبله ، إذ لا بيع حين الايجاب ، والملك يحصل به والبيع يحصل بعده بمجيء القبول .

وإن شئت قلت : إنّ الايجاب ليس بيعاً من حين تحقّقه بل هو معلّق على قبول المشتري وكأنه قال : بعتك هذا إن قبلته واشتريته ، فالبيع معلّق على تحقّق القبول وليس متحقّقاً حين الايجاب وقد قلنا إنّ الفسخ يبرز بنفس الايجاب ، فحين الايجاب الفسخ والملك متحقّقان مع أنّ البيع غير متحقّق حينئذ ويتحقّق بعد القبول وحين تحقّقه الملك موجود قبله ، وليس البيع حاصلاً حين الايجاب حتى يقال إنّ البيع والملك يحصلان معاً ، بل الفسخ والملك يحصلان بالايجاب والبيع يحصل بعد القبول لأنه معلّق عليه ، وقد عرفت في محله أنّ مثل هذا التعليق لا بأس به لأنه تعليق بما هو في الواقع وبحسب طبع القضية كذلك .

وأمّا دعوى دلالة الأخبار على النهي عن البيع في غير ملك ، فالجواب عنها ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ المنهي هو واقع البيع أعني المبادلة بين المالين لا سببه فإنه لا يتوقّف على الملك بالبداهة ، والمفروض أنّ المبادلة إنما تحصل بعد القبول مع أنّ الملك حصل قبل تحقّقها بالايجاب ، وبهذا اندفع الإشكال في المعاملات من دون أن نلتزم بأنّ الفسخ يحصل بجزء من أجزاء السبب حتى يورد علينا بأنّ الجزء ليس ببيع وليس بتصرف مصداق للفسخ ، هذا كلّه في العقود .

وأمّا الايقاعات كالعتق ونحوه فالإشكال فيها وإن كان باقياً بحاله فإنه ما دام لم يحصل العتق بتمام أجزائه لا يحصل الملك والفسخ فإذا حصل فقد وقع في ما لا يملكه ولا عتق إلّا في ملك .

إلّا أنه يمكن الجواب عن الإشكال فيها أي في الايقاعات بما التزموا به في المعاطاة بناءً على عدم إفادتها الملك إذا تصرف أحد المتعاملين فيما أخذه تصرفاً يتوقّف على الملك ، حيث ذكروا أنّ مقتضى الجمع بين الأدلّة أن نلتزم بحصول الملك

للمتصرف آناً ما قبل تصرفه بحيث لا يقبل إلّا ذلك التصرف ، وقد ذكرنا أنّ هذه الملكية ليست اختيارية لنا أو أمراً خيالياً فإنها ملكية حقيقية قهرية نشأت من الجمع بين الأدلّة ، فنلتزم في المقام أيضاً برجوع الملك إلى الفاسخ آناً ما قبل تحقّق العتق ولا يقبل إلّا العتق بعده من جهة الجمع بين الأدلّة ، لأنه لا إشكال في أنّ ذا الخيار يتمكّن من فسخ المعاملة ولو فسخاً فعلياً ويتوقّف فسخه الفعلي على الملك شرعاً ، فنلتزم بحصول الملك له آناً ما قبل العتق ويقع العتق في ملكه وهو ملك حقيقي قهري نشأ من الجمع بين الأدلّة ، ولا يبقى في البين إلّا مسألة تعليق العتق على حصول الملك آناً ما قبله ، لأنّ معنى أنت حرّ لوجه الله أنت حرّ على فرض دخولك في ملكي ، إلّا أنّ هذا تعليق على الموضوع ولا مانع عن التعليق على الموضوع .

ثم إنّ هذا الجواب يجري في العقود أيضاً بعينه على تقدير عدم تمامية ما ذكرناه هناك ، وعلى هذا لا إشكال من جهة الوضعيات في البين .

ومن ذلك يظهر الجواب عمّا ربما يورد على إمكان الفسخ بالتصرفات الاعتبارية من الدور وتقريبه : أنّ البيع والعتق ونحوهما يتوقّف على الملك شرعاً والملك يتوقّف على الفسخ إذ لولاه لما يحصل الملك بوجه ، والفسخ أي الفسخ الفعلي كالبيع يتوقّف على البيع وهذا دور .

وأجاب عنه الشهيد (قدّس سرّه)[1] بأنّ الدور معي لا توقّفي فلا إشكال فيه .

ولم يظهر لنا ماذا أراد (قدّس سرّه) بهذا الكلام ، إذ الدور المعي في الوجود بحيث لا يكون أحدهما إلّا مع الآخر كالبنتين المتّكئ كل منهما على الأُخرى ، ومن الظاهر أنّ البيع والفسخ ليسا كذلك فالدور ـ لو كان ـ توقّفي لا معي .

والجواب : أنّ البيع بمعنى ما يحصل بالايجاب والقبول موقوف على الملك

(١) حكاه عنه في مفتاح الكرامة ٤ : ٦٠١ ، السطر ١٦ .

والملك موقوف على الفسخ ، لكن الفسخ غير موقوف على البيع بالمعنى المذكور بل يحصل بالايجاب فقط فلا دور في البين ، والاشتباه إنما نشأ من كلمة البيع لأنه يطلق على السبب تارة وعلى المسبّب أُخرى ، فأُطلق لفظ البيع في إحدى المقدّمتين بمعنى وفي المقدمة الأُخرى بمعنى آخر وتوهم أنّه في كلتيهما بمعنى واحد ، هذا تمام الكلام في رفع الإشكال عن الوضعيات .

وأمّا الإشكال في التكليفيات : قد عرفت أنّ الفسخ الحاصل بالتصرف فيما انتقل عنه ربما يتحقّق بالتصرف الاعتباري كالبيع والعتق ونحوهما وقد تقدّم صحته .

وأُخرى يتحقّق بالتصرفات الخارجية كالأكل والوطء ونحوهما ، وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنها تقع محرّمة وفي ملك الغير لا محالة ولو جزءاً منها لأنّ الملكية تتوقّف على تلك التصرفات وليس هنا ملك قبلها ، والجزء الذي لا يتجزّى غير موجود في الخارج ، وكل جزء من أجزاء الشيء ينقسم إلى قسمين فيقع أحد قسميه في ملك الغير لا محالة ، وقال بعد ذلك : وبالجملة فما اختاره المحقّق والشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوّة .

والذي ينبغي أن يقال في المقام : هو أنّ الأدلّة الدالّة على اعتبار الملك في جواز هذه التصرفات إن دلّت على اعتبار سبق الملك عليها ولو بآنٍ بأن تترتّب هذه التصرفات على ما هو ملك في نفسه مع قطع النظر عن هذه التصرفات بحيث لا اعتبار بالملكية المقارنة مع التصرفات كما ربما يستفاد هذا المعنى في الزواج وملك اليمين لقوله تعالى ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[1] حيث استثني من وجوب حفظ الفرج عنوان الأزواج وملك اليمين ، بمعنى أنّ التصرف كالوطء إذا

---

(١) المؤمنون ٢٣ : ٦ .

وقع على ما هو زوج أو ملك يمين في نفسه مع قطع النظر عن هذا الوطء فهو حلال فاعتبر في حلّيته سبق الزوجية وملك اليمين فلا يكفي الزوجية المقارنة للوطء في حلّيته .

وكذا يقال في باب الكرّية وأنّ ملاقاة النجاسة إنما لا توجب الانفعال فيما إذا وقعت الملاقاة على ما هو متّصف بالكرّية في نفسه مع قطع النظر عن الملاقاة ، وأمّا الكرّية الحاصلة مع الملاقاة متقارنين فهي لا تمنع عن الانفعال .

وكيف كان ، فإن اعتبرنا في حلية التصرفات الخارجية في المقام سبق الملكية عليها ووقوعها على ما هو ملك مع قطع النظر عن التصرفات المذكورة فلا محالة نلتزم بحرمة هذه التصرفات لعدم سبق الملك عليها لأنه يحصل مقارناً معها لا متقدّماً فلا محالة تحرم ، وأمّا إذا دلّت الأدلّة على اعتبار وقوع التصرفات المذكورة في حال الملكية وإن لم تكن الملكية قبلها ، وأنّ اللازم أن تقع التصرف في حال الملك كما لا يبعد نظير اشتراط طهارة البدن في صحة الغسل حيث كتبنا في حاشية العروة[1] أنّ طهارة البدن الحاصلة مقارنة مع الغسل لا تبعد أن تكون كافية في صحة الغسل كما إذا كانت النجاسة ممّا يكفي فيه الغسل مرّة واحدة وارتمس في الماء بقصد الاغتسال مع نجاسة بدنه ، كفى ذلك في صحة غسله لأنه وقع في حال طهارة البدن ولا دليل على اعتبار سبق الطهارة على الغسل ، فلا محالة تقع التصرفات المذكورة مباحة لأنها وقعت في حال الملك وليس في ذلك محذور .

وأمّا دعوى أنّ مرتبة التصرف غير مرتبة الملك لأنهما مختلفتان ومرتبة أحدهما مرتبة العلّة ومرتبة الآخر مرتبة المعلول ، إذ التصرف علّة لحصول الملك

---

(١) العروة الوثقى ١ : ٢٠١ المسألة [٦٦٦] وص١٥٥ فصل في شرائط الوضوء الشرط الثاني .

وعليه فيقع الملك في مرتبة متأخّرة عن التصرف ولا يعقل أن يكونا متقارنين بحسب المرتبة وإن كان زمانهما واحداً .

فمندفعة بما أشرنا إليه مراراً من أنّ الأحكام الشرعية ليست من أحكام الرتبة وإنّما مناطها الاتّحاد بحسب الزمان أو التقدّم والتأخّر الزمانيان ، وعليه فلابدّ من المراجعة إلى أدلّة اعتبار الملك في حلّية التصرفات فإن دلّت على اعتبار سبق الملك على التصرف ولو بآن فنلتزم في المقام بحرمة التصرفات المذكورة ولو مع تقدّم أحدهما على الآخر بحسب المرتبة ، كما أنها إذا دلّت على اعتبار وقوعها حال الملك نلتزم بحلّية التصرفات لاتّحادهما زماناً وتحقّقهما متقارنين ، وقد عرفت أنّ الدعوى الثانية ليست ببعيدة لأنها المستفاد من مثل قوله (عليه السلام) لا يحل التصرف في مال الغير[1] أي لا يحل إلّا مقارناً بكون المال ملكه ، وعليه فهذه التصرفات محلّلة ولا حرمة فيها ، وهذا من دون فرق بين القول بوجود الجزء الذي لا يتجزّى في الخارج والقول باستحالته ، إذ الأحكام الشرعية ليست مبتنية على هذه التدقيقات الفلسفية ، بل يتّبع دليلها فإن دلّ على اعتبار سبق الملك على وقوع التصرفات نلتزم بحرمتها كما أنه إذا دلّ على كفاية المقارنة وأنها إذا وقعت في حال الملك مباحة فنلتزم بحلّيتها لا محالة ، كان الجزء الذي لا يتجزّى موجوداً في الخارج أم لم يكن .

بقي هناك ما ذكره بعضهم وأشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] من أنّ الفسخ إذا كان جائزاً لذي الخيار شرعاً فلا محالة يكون الفعل الذي به يتحقّق الفسخ أيضاً جائزاً ، إذ لا معنى لجواز الفسخ مع حرمة ما يتحقّق به .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ جواز الفسخ جواز وضعي

---

(١) ورد مضمون ذلك في الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب٣ ح١ .

(٢) المكاسب ٦ : ١٤٠ .

وجواز الفعل جواز تكليفي ولا ملازمة بين الجوازين أبداً .

وما أفاده (قدّس سرّه) وإن كان صحيحاً إلّا أنه ربما يوهم اختصاص نفي الملازمة بما إذا كان جواز الفسخ وضعياً وجواز الفعل تكليفياً ، إلّا أنه ليس كذلك فإنّ الفسخ كما أنه جائز وضعاً كذلك جائز تكليفاً ومع ذلك لا ملازمة بين جوازه بكلا المعنيين وجواز الفعل المتحقّق به الفسخ .

فالصحيح أن يعتبر في الجواب بأنّ الفسخ عنوان توليدي من الفعل ولا دليل على جواز السبب إذا كان المسبّب التوليدي جائزاً وبالعكس ، فربما يكون السبب محرّماً مع وقوع الفسخ جائزاً كما إذا أكل الخبز المنتقل عنه في نهار شهر رمضان فإنّ الأكل محرّم مع أنّ الفسخ يتحقّق به لا محالة وهو جائز له تكليفاً ووضعاً ، كما أنّ الفسخ باللفظ أيضاً كذلك فربما يكون التلفّظ بفسخت محرّماً مع وقوع الفسخ به سائغاً ونافذاً كما إذا تكلّم به في أثناء الصلاة ، وكيف كان فلا دليل على تلازم العنوان التوليدي مع الفعل المولّد له حكماً وهذا ظاهر ، هذا تمام الكلام في وقوع الفسخ بالفعل .

فرع

لو اشترى عبداً بجارية مع جعل الخيار للمشتري وبعد المعاملة أعتقهما المشتري وقال أنتما حرّان لوجه الله .

لا ينبغي الإشكال في عدم تحقّق كلا العتقين معاً ، لأنّ عتق العبد معناه إجازة المعاملة كما أنّ عتق الجارية يستلزم فسخ المعاملة ، والفسخ والامضاء لا يعقل تحقّقهما معاً ، فهل يقع عتق الجارية صحيحاً دون عتق العبد أو عتق العبد صحيح دون عتق الجارية أو لا هذا ولا ذاك وكلاهما ساقطان ولا يكون شيء منهما منعتقاً ؟

وجوه[١].

أمّا وجه وقوع العتق في الجارية صحيحاً دون العبد فهو أنّ عتق الجارية المنتقلة عنه فسخ للمعاملة كما أنّ عتق العبد إجازة لها ، وكلّما دار الأمر بين الفسخ والاجازة الفسخ مقدّم على الاجازة .

وفيه : أنّ تقدّم الفسخ على الاجازة ليس مدلول دليل من نصّ أو إجماع وإنما هو من جهة كونه على وفق القاعدة في مورده وهو ما إذا ثبت الخيار لمتعدّد كالمتبايعين وأجاز أحدهما المعاملة وفسخ الآخر فيقال إنّ الفاسخ يتقدّم على المجيز من جهة أنّ إجازة المجيز معناها إمضاء العقد من قبله ، إذ لا معنى لامضائه من قبل الآخر أيضاً ، وعليه فللآخر أن يفسخ العقد لخياره وبفسخه ترتفع المعاملة ، وهذا أمر على طبق القاعدة .

وأمّا إذا صدر كل من الاجازة والفسخ من شخص واحد كما في المقام أو صدرا ممّن هو بحكم الواحد كالوكيلين من قبل موكّل واحد فأجازها أحدهما وفسخها الآخر في آنٍ واحد ، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر ولا دليل على أنّ الفسخ يتقدّم على الاجازة فيتساقطان لا محالة ، وهكذا نقول فيما إذا زوّج المرأة أحد وكيليها من أحد وزوّجها وكيلها الآخر من شخص آخر في زمان واحد ، إذ وقوعهما معاً غير ممكن وترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجّح فيبطل كلاهما .

وأمّا وجه صحة العتق في العبد دون الجارية فهو أنّ الأصل استمرار ملكية العبد وعدم خروجه عن ملك المشتري ، ولازمه عدم دخول الجارية في ملكه وإلّا لخرج العبد عن ملكه ، فيقع عتق الجارية باطلاً لوقوعه في غير ملكه بخلاف عتق

---

(١) ثم إنّ هذا النزاع لا يختص بعتق ما انتقل عنه وما انتقل إليه بل يجري في كل فعلين لا يقبلان الفضولية أو مع نصب القرينة على عدم إرادة الفضولية .

العبد .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) بأنّ الأصل وإن كان هو استمرار ملكية العبد إلّا أنّ التقابل إنما هو بين إجازة العقد وفسخه ولا موجب لتقديم أحدهما على الآخر فيتساقطان ويبقى كل من العبد والجارية على حالهما قبل العتق من كون العبد ملكاً للمشتري والجارية ملكاً للبائع مع بقاء الخيار للمشتري وهذا هو الذي اختاره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وغيره من المحقّقين ومنهم شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢).

ولنا فيه كلام وملخّصه : أنّ الاجازة والفسخ وإن كانا متزاحمين لأنّ تحقّقهما معاً غير ممكن ولا يعقل إجازة العقد وفسخه معاً ، فلا يقع شيء منهما وكأنّهما لم يتحقّقا من الابتداء ، ويبقى العقد بحاله والمالان في ملك مالكهما أي العبد في ملك المشتري والجارية في ملك البائع مع الخيار للمشتري كما مرّ ، إلّا أنّ عتق العبد وعتق الجارية ممّا لا تزاحم بينهما وهو ظاهر ، وحينئذ لا وجه للحكم بعدم عتق شيء منهما ، بل الصحيح أنّ عتق العبد يقع صحيحاً دون عتق الجارية من دون أن يكون عتق العبد موجباً لسقوط خياره بدعوى أنه إجازة .

والوجه فيما ذكرناه أنّ عتق الجارية يتوقّف على الفسخ حتى تدخل بذلك في ملك المشتري ، إذ بدون الفسخ يكون عتقها عتق مملوكة الغير وهو باطل ، إذ لا عتق إلّا في ملك ، والمفروض أنّ الفسخ لم يتحقّق في المقام لأنه مزاحم للاجازة وقد قلنا بسقوطهما معاً ، وهذا بخلاف عتق العبد فإنه عتق مملوك نفسه بلا حاجة إلى شيء آخر وهو تصرف صدر من أهله ووقع في محلّه ، ولكنه لا يكون إجازة ولا يسقط به

(١) المكاسب ٦ : ١٤٢ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣١٢ .

الخيار فإنّ الاجازة مزاحمة بالفسخ وهما ساقطان وللمشتري بعد عتقه الخيار، فإذا فسخ العقد بعد ذلك فيأخذ الجارية ويدفع بدل العبد وهو القيمة إلى البائع، وكيف كان فيكون تصرفه في ملك نفسه نافذاً، هذا في الحكم الوضعي.

ونظيره الحكم التكليفي وهذا كما إذا تصرف فيما انتقل إليه وفيما انتقل عنه تصرفاً خارجياً (لا اعتبارياً كما في العتق) بأن أكلهما دفعة واحدة، فإنه ارتكب الحرام بالاضافة إلى أكل ما انتقل عنه لأنه ملك الغير وحلّيته يتوقّف على الفسخ وهذا بخلاف أكله لما انتقل إليه لأنه حلال وتصرف في ملك نفسه وهذا ظاهر، هذا كلّه فيما إذا قلنا بأنّ الاجازة والفسخ أمران توليديان من الفعل الخارجي أو اعتباران نفسيان مبرزان في الخارج بمبرز وهو الفعل متوقّفان على قصدهما وحينئذ يكون كل من الاجازة والفسخ محتاجاً إلى القصد ويستحيل تحقّقهما معاً فإنّ قصدهما معاً محال وهما يتزاحمان فنحكم بسقوطهما كما مرّ، ولا يكون عتق العبد إجازة للعقد بل يبقى خيار المشتري على حاله.

وأمّا إذا كان الفعل بنفسه إجازة للعقد بحكم الشارع تعبّداً ولو مع عدم قصد المشتري إجازة العقد بل مع قصد عدمها كما إذا نظر إلى ما انتقل عنه وما انتقل إليه معاً وفرضناهما جاريتين فإنّ النظر إلى ما يحرم لغير المالك مسقط تعبّدي للخيار في مثله كما يكون الفعل الصادر منه صحيحاً ونافذاً فيما انتقل إليه كذلك يكون هذا إجازة للمعاملة لقوله (عليه السلام) فذلك رضى منه بالبيع[1]، فلا يبقى له خيار بعد عتق العبد في المقام، هذا كلّه فيما إذا كان الخيار للمشتري فقط.

وأمّا إذا كان الخيار للبائع فقط وقد أعتق المشتري كل واحد من العبد والجارية فلا ينبغي الإشكال في بطلان عتق الجارية لأنه عتق مملوكة الغير وهو

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (مع اختلاف).

باطل والفضولي لا يجري في الايقاعات ، وأمّا عتق العبد فصحته وفساده يبتنيان على المسألة الآتية من أنّ تصرف من عليه الخيار مع خيار من له الخيار صحيح أو باطل ، فإن قلنا ببطلانه لأنه تصرف في متعلّق حقّ الغير فالعتق يبطل كما إذا قلنا بصحته ونفوذه فالعتق يصح ، فإذا لم يفسخ المعاملة من له الخيار وهو البائع في المقام فهو ، وأمّا إذا فسخها فهل يكون ذلك فسخاً للتصرف الصادر ممّن لا خيار له من حينه أو من أصله أو يفصّل بين التصرف بالعتق فلا يكون فسخ ذي الخيار موجباً لانفساخه لأنّ الحر لا يرجع عبداً والتصرف بغيره ؟ فيه وجوه سيأتي في المسألة الآتية إن شاء الله تعالى .

وأمّا إذا كان الخيار لكل من المشتري والبائع في مفروض الكلام ففي هـذه الصورة أيضاً تبتني صحة عتق العبد على المسألة الآتية من أنّ التصرف في المال في زمان خيار من له الخيار صحيح أو باطل ؟ فإنّ البائع له الخيار على الفرض والعبد متعلّق لحقّه ، فإن قلنا بعدم صحة التصرف حينئذ فلا محالة يقع باطلاً كما إذا قـلنا بصحته يقع عتق العبد صحيحاً ، وأمّا عتق الجارية فهو صحيح في نفسه لأنه فسخ فعلي للمعاملة والجارية منتقلة إلى ملكه فيصح عتقها ، وحينئذ فإن قلنا ببطلان عتق العبد لأنه تصرف في متعلّق حق الغير فلا إشكال في صحة عتق الجارية لأنه فسخ وعتق لمملوكة نفسه ، وأمّا إذا قلنا بصحة عتق العبد أيضاً فيكون حال المقام حال الصورة الأُولى وهي ما إذا كان الخيار لخصوص المشتري ، فإنّ الالتزام بصحة كل من التصرفين بدعوى كون أحدهما إجازة والآخر فسخاً غير ممكن فيسقطان معاً ونحكم بصحة عتق العبد لأنه مملوكه بالفعل وعتقه نافذ صحيح ، بخلاف عتق الجارية فإنه يتوقّف على صحة الفسخ وإرجاعها إلى ملكه وقد عرفت بطلان فسخ المعاملة لأنه والاجازة متزاحمان كما مرّ .

الكلام في صحة تصرف غير ذي الخيار

هذه هي المسألة التي وعدناك آنفاً بالبحث عنها وهي تبتني على القول بانتقال المال إلى غير ذي الخيار في زمان الخيار، إذ لو قلنا بما سلكه الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)(١) من توقّف الملك على انقضاء الخيار فلا ينبغي الإشكال في عدم صحة تصرفات من ليس له الخيار ولا يحتاج ذلك إلى البحث، لأنه تصرف في ملك الغير وهو باطل وحرام، وهذا من غير فرق بين التصرفات المعدمة للمال وغيرها فإنها تصرف في ملك الغير وهي محرّمة كانت معدمة للمال أم لم تكن، فهذا التفصيل لا يرجع إلى محصّل بناءً على ما سلكه الشيخ الطوسي (قدّس سرّه).

وأمّا على مسلك المشهور فيقع الكلام في أنّ تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع عن استرداد العين عند الفسخ صحيح أو أنه تصرف في متعلّق حقّ الغير وغير صحيح ؟ المقتضي لصحة التصرفات موجود حينئذ وهو الملك فلابدّ من أن نتكلّم فيما يمنع عن صحتها.

المشهور بينهم أنّ التصرف فيه باطل بل ربما يظهر من كلماتهم أنّ حرمة التصرفات حينئذ كانت مورداً لاتّفاق الأقدمين، وهذا لا من جهة أنّ المال ملك ذي الخيار ولم ينتقل إلى من ليس له خيار، بل من جهة أنّ المال متعلّق لحق الغير والتصرف فيه موجب لزوال حقه نظير بيع عين المرهونة لتعلّق حق الغير بها، فإنّ البائع كان متمكّناً من إرجاع المال إلى ملكه فالمال متعلّق لحقه.

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) وغيره من المحقّقين: بأنّ الخيار إنما هو ملك فسخ العقد وإقراره وليس متعلّقاً بالمال ومن هنا لا يرتفع الخيار

---

(١) الخلاف ٣: ٢٢ مسألة ٢٩، المبسوط ٢: ٢١١.

(٢) المكاسب ٦: ١٤٩.

فيما إذا أتلف المال نسياناً أو عصياناً باختياره أو بغير اختياره وصح التقايل مع ذهاب كلا العينين ، ومنهما يظهر أنّ التفاسخ لا يتوقّف على بقاء العوضين لأنه إنما يتعلّق بالعقد لا بالمال وبعد فسخه يرجع المتعاملان إلى عين ماليهما لو كان وإلّا فإلى بدلهما ، هذا كلّه بناءً عى أنّ المانع يتشبّث بتعلّق حق الخيار بالعين فالجواب عنه حينئذ هو ما أفاده شيخنا الأنصاري .

وأمّا إذا اعترف المانع بعدم تعلّق حق الخيار بالعين ابتداءً ولكنّه ادّعى أنّ الخيار وإن كان متعلّقاً بالعقد لما عرفت من بقائه مع تلف العين وصحة التقايل مع تلف العينين إلّا أنّ نتيجة هذا الخيار هو إرجاع عين ماله إلى ملكه على تقدير بقائها لأنه معنى الفسخ أعني جعل العقد كالعدم في عالم الاعتبار ، فإن لازمه رجوع كل من المالين إلى ملك مالكهما الأول ، وليس الفسخ كالقرض في أنّ الدائن لا يتمكّن من مطالبة عين ماله مع بقائها لأنه تضمين للمثل أو القيمة ، والعين ملك للمديون فلا يطالبه إلّا بمثلها أو قيمتها ، بل الفسخ بالخيار معناه جعل المبادلة والعقد كالعدم اعتباراً ، ولازمه رجوع عين المالين إلى مالكهما ومع بقائها لا ينتقل إلى بدلها من المثل أو القيمة ، وحينئذ فلا يجوز إعدام متعلّق حق الغير بهذا المعنى لأنه تفويت لحقّه ، فلا يكون ما أفاده شيخنا الأنصاري جواباً عن ذلك ، والظاهر أنّ المانع يريد هذا المعنى ولا يدّعي أنّ الخيار حق متعلّق بالعين .

فالجواب عن هذا الوجه هو : أنّ كون حقّ الخيار ثابتاً لذي الخيار بهذا المعنى أي بمعنى كون نتيجته إرجاع عين ماله على تقدير بقائها وإن كان صحيحاً وممّا لا مجال لانكاره لأنه مقتضى الفسخ كما مرّ ، إلّا أنه لا يقتضي ذلك أزيد من رجوع العين إلى ملك الفاسخ على تقدير بقائها ، وأمّا وجوب إبقائها حتى يرجع إلى مالكها بعد فسخه فهو يحتاج إلى دليل .

وبعبارة اُخرى : أنّ هذا المعنى من الحق لا يمنع عن التصرف في المال وليس

كسائر الحقوق المانعة عنه كحق الرهانة فإنّ الخيار لا يقتضي إلّا رجوع المال إليه على تقدير بقائه ، وهذه الملازمة والقضية الشرطية أعني كون العين راجعة إلى الفاسخ لو كانت باقية ثابتة ولكنّها لا توجب إبقاء الموضوع والمال حتى يرجع إلى مالكه بعد الفسخ ، فإنّ وجوب إبقائه وحرمة إتلافه حقيقة أو حكماً يحتاج إلى دليل فإنه ليس من الضروريات والبديهيات لئلّا يحتاج إلى إقامة البرهان ، ولا برهان يقتضي وجوب حفظ المال حينئذ ، نعم لا نضايق من إطلاق الحق على مثل ذلك أي كون المال راجعاً إليه على تقدير بقائه ولكنه لا يقتضي رجوعه إليه إلّا على تقدير بقائه ولا يقتضي وجوب إبقائه لأنه بلا دليل ، بل مقتضى عموم « الناس مسلّطون على أموالهم »(١)، أو عمومات البيع والهبة وغيرها جواز التصرف فيه ببيعه وهبته وإتلافه ، فالمقتضي وهو الملك موجود والمانع عنه مفقود ، فلا وجه لعدم جواز تصرفاته في ملكه .

وهذا المقام نظير تعلّق حق الورثة بمال المورّث فإنه لا يمنع عن تصرفات المورّث فيه ببيعه وإتلافه ، لأنّ حقّهم إنما ثبت على تقدير بقائه لا أنه يجب إبقاؤه لينتقل إليهم ، وفي المقام أيضاً لو بقي المال رجع إلى مالكه بالفسخ لا أنه يجب إبقاؤه بل له إتلافه حتى فيما إذا علم أنه أراد الفسخ حتى لا يدفع إليه عين المال ويدفع بدله .

نعم في بعض الموارد قام الدليل على عدم جواز إعدام المال الذي تعلّق به حق ذي الخيار كما في بيع الخيار فإنه إذا باع داره بخمسمائة مع أنها تسوى بألف مشترطاً رجوعها إليه إذا جاء بمثل ثمنها فلا يسوغ للمشتري أن يتلف الدار حتى ينتقل إلى بدلها على تقدير مجيء المشتري بالثمن ، وذلك لأجل الشرط الضمني فإنه اشترط في ضمن المعاملة أن لا يعدم المال ما دام لم ينقض الخيار ، وهو كالشرط الصريح يمنع

---

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

عن جواز إتلافه ، وأمّا في غير موارد قيام الدليل على وجوب إبقاء المال فلا وجه لعدم جواز تصرفاته بعد كونه ملكه ، هذا كلّه .

على أنّ سيرة العقلاء والمتشرّعين جرت على جواز التصرف في المال في زمان الخيار ، ومن هنا لم نرَ ولم نسمع عدم تصرف البائع في ثمن المبيع فيما إذا كان حيواناً من جهة ثبوت الخيار للمشتري إلى ثلاثة أيام ، أو إذا باع شيئاً مع اشتراط الخيار لا يتصرف من عليه الخيار في الثمن أو المثمن إلى أن ينقضي زمان الخيار فإنه في الحقيقة على خلاف المقصود بالبيع ، فإنه إنما باعه ليتصرف في ثمنه لا أنه باعه حتى يبقى ثمنه ولا يتصرف فيه .

بل ادّعى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عدم الخلاف في جواز التصرف في موارد خيار الغبن والعيب والرؤية ونحوها قبل العلم بالغبن أو العيب أو الرؤية ، نعم علّله (قدّس سرّه) بعدم ثبوت الخيار في الموارد المذكورة قبل العلم بالغبن أو بالعيب أو بتخلّف الوصف ، ولكنّك عرفت في محلّه أنّ الخيار ثابت في الموارد المذكورة من الابتداء والعلم شرط في إعمال الخيار لا في ثبوته ، فالخيار فيها ثابت قبل علمه ولكنّه لا يعلم بالخيار .

والوجه في ذلك : أنّ الخيار في الموارد المذكورة إنما ثبت بالاشتراط الضمني حيث اشتراه منه على أن لا تكون قيمته أزيد من القيمة السوقية أو أن يكون سالماً أو أن يكون متّصفاً بما وصفه به قبل المعاملة ، وحيث إنّ الشرط يتخلّف فيها من الابتداء فيثبت له الخيار من الابتداء لا محالة ، إذ ليس معنى الاشتراط إلّا جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلّف ، فإذا ثبت الخيار فيها من الابتداء وقد ادّعى (قدّس سرّه) عدم الخلاف في جواز التصرف فيها مع وجود الخيار فيثبت بذلك أنّ التصرف

---

(١) المكاسب ٦ : ١٥٣ ـ ١٥٤ .

في زمان الخيار ممّا لا مانع عنه إذا صدر عمّن لا خيار له ، لأنه صدر من أهله ووقع في محلّه .

نعم الخيار في بعض الموارد يكون منفصلاً عن العقد كما في خيار التفليس فلا يكون هناك مانع عن التصرف قبل ثبوته ، ولا يمكن الاستشهاد به في المقام إذ لا خيار فعلي حينئذ ، فإذا باعه مالاً وهو مليّ ولم يقبض منه الثمن حتى صار مفلّساً يثبت له حق استرداد عين ماله ، لأنه أولى بها من الديّان ولا يضرب مع الغرماء كما تقدّم ، ومثله لا يكون مانعاً عن جواز تصرفات المشترى في المال قبل التفليس لعدم ثبوت حق في زمان التصرف وإنما يصير فعلياً بعد تفليسه ، وهذا بخلاف خيار الغبن والعيب والرؤية كما تقدّم .

والمتحصّل إلى هنا : أنه لا دليل على عدم جواز تصرفات من عليه الخيار في ملكه بوجه ، وبعد ما بيّنا لك مدرك المشهور وأنّهم ذهبوا إلى المنع من جهة تعلّق حق الغير بالمال على نحو تقدّم بيانه تعرف أنّ المسألة ليست محلاً للإشكال كما ذكره شيخنا الأُستاذ[1] وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّهما) فإنّ ذهاب المشهور إلى المنع مستند إلى تعلّق حقّ الغير بالمال وقد عرفت الجواب عنه ، ولا نحتمل أن يكون المشهور قد عثروا في ذلك على دليل لم نعثر عليه ، فالمسألة إذن ظاهرة لا إشكال فيها .

ثم إنه إذا قلنا بحرمة التصرف في المال في زمان الخيار فهل إذا خالف وباع ماله أو وهبه تقع معاملاته باطلة أو أنه لا ملازمة بين عصيانه ونفوذ معاملاته ؟ فيه خلاف بيننا وبين شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) فعلى مسلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) تقع تصرفاته باطلة لأنه يرى الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً ، فلا قدرة له على تسليم

---

(١) منية الطالب ٣ : ٣١٦ .

المبيع شرعاً ومع عدم القدرة عليه تبطل المعاملة كما سننقل كلامه هذا في بحث الأُصول[١] عند التعرّض لمسألة النهي في المعاملات ، وأمّا على مسلكنا فلا مانع من نفوذ المعاملة وإن كان ذلك معصية ، إذ لا ملازمة بين الحرمة التكليفية وعدم نفوذ المعاملة وسيأتي أنه لا دليل على اعتبار القدرة على المعاملة شرعاً في صحتها ، إذ المعتبر هو القدرة عليها تكويناً فقط .

بقي الكلام في أُمور ، الأول : أنّ غير ذي الخيار بعد البناء على جواز تصرفات غير ذي الخيار في زمان الخيار إذا تصرف في ماله تصرفاً لازماً ثم فسخ ذو الخيار فلا إشكال في انتقاله إلى بدله مثلاً أو قيمة ، وأمّا إذا تصرف فيه تصرفاً جائزاً كالهبة إلى غير ذي الرحم وغير ما قصد به القربة أو البيع بشرط الخيار وفسخ ذو الخيار فهل ينتقل الأمر إلى بدله أو أنّ المعاملة تنفسخ بنفسها أو أنها لا تنفسخ ويجب على المشتري فسخها حتى يدفع عين المال إلى مالكه الفاسخ ، بدعوى أنّ الانتقال إلى البدل إنما هو في صورة تعذّر ردّ نفس العين وأمّا مع التمكّن منه فيجب ردّ نفسها ، والمفروض أنه متمكّن من فسخ معاملته ؟

أمّا احتمال الانفساخ بفسخ ذي الخيار فممّا لا وجه له بعد ما فرضنا صحة تصرف غير ذي الخيار تكليفاً ووضعاً ، فإنّ العقد الصادر منه عقد صدر من أهله ووقع في محلّه فلا وجه لانفساخه بفسخ ذي الخيار ، والوجه في ذلك ما أشار إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] من أنّ المشتري الثاني أو المتّهب لم يتلق الملك من البائع الأول حتى ينفسخ بفسخه ، وإنّما تلقّاه من المشتري الأول فالانفساخ بلا موجب ، أمّا كون العقد جائزاً فهو لا يقتضي ارتفاعه بفسخ البائع الأول لأنه جائز

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ٤ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٦) : ١٧٥ فما بعدها .

(٢) المكاسب ٦ : ١٥١ .

للمشتري الأول لا للأجنبي فإنه بالاضافة إليه لازم .

وأمّا وجوب الفسخ على المشتري الأول بعد فسخ البائع حتى ترجع العين إلى مالكها ، فقد احتمل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) لزومه ونظّره ببدل الحيلولة في أنّ البائع إذا فسخ المعاملة يطالب المشتري ببدل ماله لأنّ عينه غير موجودة ثم إذا وجدت العين فيجب على المشتري ردّها إلى مالكها .

ولا يخفى أنّ تنظير المقام ببدل الحيلولة ممّا لا وجه له ، فإنّ أصل ثبوت بدل الحيلولة غير مسلّم فقد أنكرناه في محلّه ، وعلى تقدير القول به فهو من جهة أنه على طبق القاعدة ومن آثار ملكية المالك لماله ، إذ المفروض أنه باقٍ على ملك مالكه فإذا وجد فيطالبه من ضامنه ، وأمّا ملكية البدل فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنه من جهة الجمع بين الحقّين فإنّ المالك فاتت سلطنته عن ماله في المدّة التي حالت بينه وبين ملكه فيجمع بين ملكه وذهاب سلطنته بدفع البدل إليه ، وهذا غير متحقّق في المقام ، وذلك لأنّ المال ليس ملك البائع الأول حتى يطالبه من المشتري وإنما هو ملك المشتري الثاني أو المتّهب فإذا فسخ فبأيّ موجب يطالب المال أمن جهة أنه ملكه وقد عرفت أنه ملك المشتري الثاني ، أو من جهة دليل دلّ عليه وهو مفقود وعليه فالظاهر أنه لا فرق بينه وبين العقد اللازم في الانتقال إلى بدله ، ومجرد التمكّن من تحصيل العين لا يوجب تحصيلها وإلّا فربما يمكن تحصيلها في العقد اللازم أيضاً بالتماس وإقالة ونحوهما مع أنه لا إشكال في عدم وجوبه .

الأمر الثاني : أنّ الخيارات المتصوّرة على ثلاثة أقسام :

الأول : أن يكون الخيار فعلياً بأن يتمكّن ذو الخيار من الفسخ والامضاء فعلاً كما في خياري المجلس أو الحيوان أو اشتراط الخيار من حين العقد إلى مدّة معيّنة فإنه حينئذ يتمكّن من الفسخ والامضاء حال العقد .

الثاني : أن يكون الخيار متأخراً كما في خيار التفليس فإذا باعه شيئاً ولم

يقبض ثمنه ثم أفلس المشتري فإنه يثبت الخيار للبائع وله أن يرجع عين مـاله إذا كانت باقية لأنه أولى بها من سائر الديّان ، ولكن هذا الخيار لم يكن متحقّقاً حال المعاملة وإنما يثبت بعدها بمدّة وبينهما فاصل زماني .

الثالث : ما هو متوسط بين القسمين فلا هو فعلي بتمامه ولا متأخر بأجمعه بل منشؤه فعلي وموضوعه متأخر ، أو أنّ موضوعه فعلي وشرطـه مـتأخر أو سـببه متأخّر فما شئت فعبّر فإنّ الألفاظ المذكورة بمعنى واحـد ، وهـذا كـما إذا اشـترط الخياطة في ضمن المعاملة فإنه بذلك اشترط لنفسه الخيار على تقدير عدم الخياطة وتخلّف الشرط ، ومنشؤه وموضوعه أو سببه فعلي وهو الاشتراط إلّا أنّ شرطه أو موضوعه متأخر وهو التخلّف .

لا ينبغي الإشكال في عدم جواز تصرف غير ذي الخيار في القسم الأول بناءً على عدم جواز تصرفاته ، فإنّ الخيار فيه فعلي وهو حق بالأخرة يرجع إلى المال وتفويت حق الغير حرام ، وهو الذي ذهب بعضهم فيه إلى الجواز واخترناه نحـن وبعضهم إلى المنع .

وأمّا القسم الثاني فهو أيضاً ممّا لا ينبغي الإشكـال في عـدم مـانعيته عـن تصرفات غير ذي الخيار ، إذ ليس لذي الخيار حق فعلي حتى لا يجوز تفويته ، نعم يثبت له الخيار على تقدير فلس المشتري ومثله لا يمنع عن التصرف بوجه ، إذ لا وجود له ولو بشرطه وسببه ، وهذا ظاهر .

وإنما الكلام في القسم الثالث فهل تحقّق شرط الخيار يمنع عن تصرفات غير ذي الخيار أو أنه لمّا لم يتحقّق بالفعل لا يكون مانعاً عن تصرفات من عليه الخيار وبالجملة فهل هذا القسم ملحق بالأول أو بالثاني ؟

الظاهر أنه ملحق بالأول بناءً على مانعية الخيار عن تـصرفات مـن عـليه الخيار ، فإنه لا فرق بين ثبوت الخيار بالفعل بتمام أجزائه وبين ثبوته بشرطه إلّا في

أنّ رجوعه في الأول معلّق على أمر واحد وهو الفسخ فإنّ ذا الخيار إنما يرجع بالعين إذا فسخ المعاملة لا فيما إذا لم يفسخها ، وأمّا في هذا القسم فهو معلّق على أمرين أحدهما ثبوت الموضوع وهو التخلّف وثانيهما الفسخ ، وكون رجوع العين معلّقاً على أمر واحد أو أمرين لا يكون فارقاً بينهما ، فإن قلنا بالمانعية فكلاهما سيّان .

الأمر الثالث : أنّ المشهور كما مرّ ذهبوا إلى عدم جواز تصرفات غير ذي الخيار في زمان الخيار وضعاً وتكليفاً ، ولكنّهم مع ذلك التزموا بجواز الوطء في الجارية فيما إذا باعها وجعل لنفسه الخيار وقالوا إنّ للمشتري وطئها ، مع أنه تصرف في المال من غير ذي الخيار ، والتزموا أيضاً بأنّ الاستيلاد حق مانع عن الرد وهو مقدّم على حق الخيار مع أنّ الوطء يوجب الاستيلاد ، والجمع بين الالتزامين غير ممكن ، فإنّ لازم القول بعدم جواز تصرفات غير ذي الخيار الالتزام بحرمة الوطء الذي هو في معرض الاستيلاد ، كما أنّ لازم القول بجواز الوطء مع البناء على أنّ الاستيلاد مانع عن الردّ القول بجواز تصرفات غير ذي الخيار في المال .

ومن هنا ذهب بعضهم كشيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)[١] إلى حرمة الوطء من جهة أنها مقتضى القاعدة ، وذهاب المشهور إلى الجواز لا يكون دليلاً على الجواز بعد ما كان الوطء تصرفاً مانعاً عن الرد (لاستلزامه الاستيلاد) والمفروض أنّ التصرفات المنافية لحق الغير محرّمة من غير ذي الخيار ، هذا .

ولكن يحتمل أن يكون نظر المشهور في ذلك إلى نفس الوطء وهو بنفسه ليس تصرفاً منافياً لحق ذي الخيار أي الرد ، إذ يمكن ردّ الأمة بعد وطئها ، نعم الوطء من حيث إنه يوجب الاستيلاد مانع عن الردّ إلّا أنّ الاستيلاد لا يتحقّق في جميع الموارد كما إذا كانت الأمة يائسة ، وإذا فرضناها غير يائسة فلا نعلم بتحقّق الاستيلاد

---

(١) منية الطالب ٣ : ٣١٨ ـ ٣١٩ .

بالوطء ، والتصرف الحرام هو الذي يعلم أنه منافٍ لحقّ ذي الخيار .

وإذا شككنا في أنه يوجب الاستيلاد أو لا نتمسّك باستصحاب عدم تحقّق الاستيلاد بناءً على جريان الاستصحاب في الأُمور المستقبلة فنقول : إنّ الأمة غير مستولدة بالفعل قطعاً والأصل أنها لا تكون مستولدة في الأزمنة الآتية أيضاً بحكم الاستصحاب .

وأمّا إذا منعنا عن جريان الاستصحاب في الأُمور المستقبلة وقلنا بأنّ الاستيلاد لا يتّصف بالحرمة لأنه أمر خارج عن الاختيار والذي هو باختيار الواطىء هو الوطء وهو الذي يتّصف بالحرمة أو بعدمها ونشك في أنه محرّم أو حلال فنتمسّك بالاستصحاب أيضاً في حلّيته بناءً على جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية ونقول إنّ هذا الوطء لم يكن موجباً للاستيلاد قبل تحقّقه والأصل أنه لا يكون موجباً له بعد ذلك أيضاً .

وإذا منعنا عن جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية أيضاً فالظاهر أنه لا مانع من التمسّك بالبراءة في رفع احتمال حرمة الوطء ، لأنّ « كل شيء فيه حلال وحرام فهو لك حلال »(١) فالوطء حلال لأنّ فيه حلالاً وحراماً ، ولعلّه من هذه الجهة ذهب المشهور إلى جواز الوطء مع ذهابهم إلى حرمة التصرفات المنافية لحقّ الغير تكليفاً ووضعاً ، نعم لو فرضنا في مورد علمنا بكون الوطء سبباً للاستيلاد على فرض المحال نلتزم بحرمته لأنّه من التصرّف المنافي لحقّ الغير .

الأمر الرابع : إذا قلنا بجواز التصرّف في زمان الخيار لغير ذي الخيار وقد تصرّف من عليه الخيار في المال باجارته من ثالث ثمّ فسخ ذو الخيار فهل فسخه ذلك يوجب انفساخ الاجارة من جهة أنّ صحّتها تمنع عن دفع العين إلى المالك

---

(١) الوسائل ١٧ : ٨٧ / أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ١ .

الفاسخ فالاجارة منافية للفسخ ، أو أنّه لا يوجب الانفساخ بل ترجع نفس العين إلى مالكها مسلوبة المنافع ، مع أنّه على خلاف مقتضى الفسخ فإنّ قانون الفسخ يقتضي رجوع كلّ من العوضين إلى ملك مالكهما على نحو خرجا عن ملكهما والمالان خرجا عن ملكهما واجدين للمنافع ، لأنّ المالك حين دفعها إلى المشتري قد دفعها إليه من المنافع فكيف ترجع إليه مسلوبة المنافع .

ثمّ إنّه على تقدير رجوعها إليه مسلوبة المنافع هل يضمن المشتري أي الموجر بدل المنافع الفائتة عن المالك ويجب عليه ردّه إلى المالك أو لا ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المقام احتمالين واقتصر عليه ولم يذكر شيئاً آخر .

ولكن الظاهر كما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] أنّ الاحتمال الثالث وهو رجوع العين إلى مالكها مسلوبة المنافع من دون وجوب ردّ بدل منافعها إلى المالك ساقط ولم يحتمله أحد وإلّا لجاز ذلك في جميع موارد الخيار حتّى في بيع الخيار فيوجر العين خمسين سنة ويعتذر عند فسخ المالك بأنّ المنافع تلفت ولا يجب عليّ بدلها وعليه فالأمر يدور بين الاحتمالين الأوّلين فإمّا أن يقال إن فسخ ذي الخيار يوجب انفساخ الاجارة كما نسب إلى المحقّق القمّي (قدّس سرّه)[3] أو يقال برجوع العين إلى مالكها مسلوبة المنافع مع وجوب ردّ بدلها إليه جمعاً بين الحقّين .

وكيف كان ، إذا آجر غير ذي الخيار ما انتقل إليه ثمّ تعقّبت بفسخ من له الخيار فهل هذا يكشف عن بطلان الاجارة وكأنّها كالعقد الفضولي يتوقّف على

---

(١) المكاسب ٦ : ١٥٥ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٢٠ .

(٣) جامع الشتات ٣ : ٤٣٢ .

إجازة المالك للبيع ، أو أنّها وقعت صحيحة لصدورها من المالك غاية الأمر أنّ الفسخ يوجب ردّ بدل المنافع المستوفاة بالاجارة إلى البائع ؟

ذهب المحقّق القمّي (قدّس سرّه) في أجوبة مسائله إلى أنّ فسخ البائع مثلاً يكشف عن عدم تملّك المشتري للمنافع وبما أنّه آجر ما ليس بملكه فلا محالة تقع الاجارة أيضاً باطلة .

واختار شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ما ذهب إليه المشهور من صحّة الاجارة لصدورها من مالك المال وملكيته مطلقة مستعدّة للبقاء والدوام ، ومعها لا وجه لبطلان الاجارة أبداً(١) ولا يقاس المقام بباب الوقف للبطون فإنّ البطن الأول وإن لم يتمكّن من إجارة العين الموقوفة إلى الأبد فإنّها تبطل بموته إلّا أنّه من

---

(١) والظاهر أنّ في عبارة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) سقطاً حيث إنّه بعد ما عنون المسألة بقوله : هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار ؟ فيه وجهان من كونه ملكاً له ، ومن إبطال هذا التصرف لتسلّط الفاسخ على أخذ العين ، قال : ولو آجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ لم تبطل الاجارة وعلّله بقوله : لأنّ المشتري ملك العين إلى آخر ما أفاده . ومن الظاهر أنّ هذه التعليلات لا تناسب صحّة الاجارة من ذي الخيار أو بإذنه بل هي علّة لصحّة الاجارة من غير ذي الخيار بدون إذن ذي الخيار فكأنّ هناك سقطاً والصحيح أن تكون العبارة قبل هذا التعليل هكذا : وعلى القسم الأوّل ـ أعني الاجارة من غير إذن ذي الخيار فإنّه ذكر قسمين حينئذ أحدهما اجارته من غير اجازة ذي الخيار وثانيهما إجارته منه أو بإذنه ـ الظاهر هو الصحّة لأنّ المشتري ملك العين ملكية مطلقة الخ . مضافاً إلى أنّ مخالفة المحقّق القمّي وذهابه إلى بطلان الاجارة بالفسخ مختصّ بما إذا آجره بدون إذن ذي الخيار وأمّا فيما إذا آجره منه أو بإذنه فهو قائل بصحّة الاجارة فلا وجه لنقل خلافه فيما إذا آجره منه أو بإذنه ، وهذه أيضاً قرينة على أنّ كلامه بعد التعليل إلى آخره راجع إلى القسم الأوّل .

جهة عدم المقتضي لاجارته فإنّه لم يتملّكه إلاّ موقتاً إلى مماته ، وملكية المنافع تابعة لملكية الأعيان فلا محالة كانت ملكية المنافع أيضاً موقتة بالموت فلا تصحّ إجارته إلى الأبد .

وأمّا في المقام فقد عرفت أنّ الملكية مطلقة ومستعدّة للدوام والبقاء وله أن يتصرّف في المال ما يشاء فلا تبطل إجارته بالفسخ ، ومن هنا لو اشترى مالاً فآجره ثمّ تعقّبه التفاسخ بينهما لا يكون ذلك كاشفاً عن بطلان الاجارة بل لم يحتمله أحد ، وليس هذا إلاّ من جهة أنّ صحّة الاجارة تتوقّف على ملكية المال آناً ما قبلها والمفروض أنّ المال ملك الموجر قبل إجارته فتقع الاجارة صحيحة .

وهذه المسألة مبتنية على ما تقدّم وحاصله : أنّ جعل الخيار في معاملة معناه تحديد الملكية بالفسخ ، إذ لا يعقل جعل الملكية المطلقة للمشتري مع جعل ملكيته لنفسه إذا فسخه فإنّهما من اجتماع المتضادّين ، وفي المقام أيضاً البائع إنّما ملك المال للمشتري موقتاً ومحدوداً بفسخه على نحو القضية الحقيقية (لعدم معلومية أصل الفسخ ولا زمانه) فالملك بعد الفسخ ملك للبائع الفاسخ ، ومن الظاهر أنّ ملكية المنافع تابعة لملكية المال فلا محالة تكون منافع المال في المقام بعد الفسخ راجعة إلى البائع أيضاً ، والمفروض أنّ المشتري قد استوفى جميع منافع المال بالاجارة فتكون إجارته واقعة على ملك الغير لا محالة فتقع باطلة بفسخ البائع لا محالة ، فما أفاده المحقّق القمّي (قدّس سرّه) من أنّ فسخ البائع يكشف عن عدم كون المنافع مملوكة للمشتري في غاية المتانة .

وعليه فيكون المقام نظير ملكية البطن الأول في الوقف فكما أنّ ملكيته للعين ومنافعها محدودة إلى مماته وتقع إجارته بأزيد من ذلك باطلة ، فكذلك الحال في المقام إذ المفروض أنّ المشتري لم يتملّك العين ولا منافعها إلاّ إلى زمان فسخ البائع فاجارته العين بأكثر من ذلك تقع باطلة لا محالة .

ولا وجه لقياس المقام بالتفاسخ فإنّ التفاسخ والموت والبيع ونحوها وإن كانت غاية للملكية أيضاً فإنّ المشتري إنّما يتملّك المال مقيّداً بعدم بيعه أو بعدم طروّ التفاسخ عليه لا على نحو الاطلاق وإلّا للزم اجتماع المتضادّين بعد بيعه أو التفاسخ إلّا أنّ الفرق بين التفاسخ والفسخ في أنّ التفاسخ يترتّب على ملكية المشتري للمال ومن شؤون سلطنته عليه ولأجلها يتمكّن من التفاسخ أو البيع وإلّا فلا قدرة لغير المالك على شيء منهما ، وهذا بخلاف الفسخ فإنّه ليس ناشئاً عن سلطنة المشتري على المال وإنّما هو يقع قهراً عليه لأنّه حدّ لمالكيته وسلطنته ، فحال التفاسخ حال الوكيل المفوّض المتمكّن من توكيل شخص آخر ولو على نحو يمكنه عزل ذلك الوكيل الأول فإنّ هذا التوكيل والعزل من شؤون وكالة الوكيل الأوّل ، وعليه فالمشتري عند التفاسخ مسلّط على المال وله سلطنة التصرّف في المال ومنافعه ولو كانت تلك السلطنة مغيّاة بالتفاسخ ونحوه ، وذلك نظير السلطنة الخارجية فترى أنّ أحداً له رئاسة الجمهور أو مقاماً آخر ولكنّها موقتة بأربعة سنوات ، وترى رئيساً آخر له الرئاسة على نحو الاطلاق حتّى أنّه يتمكّن من نقلها إلى ابنه ، فإنّ سلطنته حينئذ ولو كانت بالأخرة مقيّدة بعدم جعلها لابنه وإلّا فمع نقلها إليه لا تبقى سلطنته ولا تجتمع سلطنته مع سلطنة ابنه ، إلّا أنّ خلع تلك السلطنة وجعلها لابنه من شؤون سلطنته وليس نقلها إلى ابنه نظير انتهاء أمد السلطنة المقيّدة بأربعة سنوات .

وكيف كان ، فللمشتري في التفاسخ سلطنة مطلقة غير مقيّدة بشيء قهري كما في الفسخ وله أن يتصرّف فيه على أي وجه أراد ، فإذا آجر ماله ثمّ تفاسخا فلا يكون ذلك كاشفاً عن بطلان إجارته لوقوعها في ملكه وسلطنته كما عرفت ، وما أشبه المقام بالموت فإنّ ملكية المالك للمال مقيّدة بعدم الموت لا محالة إلّا أنّه إذا آجر داره مدّة مديدة كخمسين سنة ثمّ مات فهل تقع إجارته هذه باطلة أو أنّها صحيحة من جهة إطلاق سلطنته عليه ، وليس للورثة دعوى بطلان الاجارة بعد صدورها

عن المالك المسلّط على إجارة ماله .

وعليه فالاجارة فيما إذا تعقّبها الفسخ بالخيار تقع باطلة لوقوعها في ملك غيره ، ولعلّه إلى ذلك نظر المحقّق القمّي (قدّس سرّه) في ذهابه إلى بطلان الاجارة وإن لم يصرّح بما ذكرناه ، هذا كلّه فيما إذا وقعت الاجارة من دون إذن البائع أو غيره ممّن له الخيار .

وأمّا إذا أذن من له الخيار في إجارة المال المنتقل إلى من ليس له الخيار ، فلا ينبغي الإشكال في عدم بطلان الاجارة حينئذ ، فإنّ بطلانها على تقدير القول به إنّما كان مستنداً إلى حقّ ذي الخيار وبعد إذنه لا يبقى مانع عن صحّة الاجارة كما هو ظاهر .

إلّا أنّ الكلام في أنّ مجرد إذنه في الاجارة وإن لم يؤجر المشتري في الخارج يوجب سقوط خياره ، أو أنّ المسقط لخياره إنّما هو الاجارة في الخارج نظير إذن المرتهن في بيع مال الرهانة فإنّ مجرّد الإذن لا يسقط حقّ المرتهن وإنّما المسقط هو البيع الخارجي ولذا يتمكّن من أن يرجع في إذنه قبل وقوع البيع خارجاً ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّه إذا أذن البائع في الاجارة ثمّ وقعت الاجارة في الخارج فلا محالة يكون هذا موجباً لسقوط خياره ، إمّا لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً ، وإمّا لأنّ التصرف تفويت لمحل هذا الحق ، وأمّا إذا أذن في الاجارة ولكنّها لم تتحقّق في الخارج بعدُ فهو بمجرده لا يكون مسقطاً لخياره كما في إذن المرتهن فإنّ المسقط هو العمل في الخارج ، ثمّ بعد ذلك اختار كفاية مجرد الإذن في سقوط الخيار بدعوى أنّه يكشف عن رضاه بالعقد وأيّده برواية السكوني[٢]

---

(١) المكاسب ٦ : ١٥٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٥ / أبواب الخيار ب١٢ ح١ .

الواردة في أنّ عرض الشيء على البيع التزام بالمعاملة وقد قاسه بتقبيل المشتري للجارية في أنّ التقبيل كما يكفي في سقوط الخيار لكشفه عن رضا المقبّل بالبيع فكذلك الإذن يكشف عن رضا الآذن في سقوط خياره .

والعجب من شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] حيث نسب إلى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) القول بعدم كفاية مجرد الإذن في سقوط الخيار مع أنّ كلامه أخيراً صريح في كفايته في السقوط ، نعم في أوائل كلماته ذهب إلى عدم الكفاية .

وكيف كان ، إذا أذن البائع للمشتري في إجارة المبيع فعلى مسلكنا من أنّ الملكية محدودة في موارد الخيار بالفسخ إن كان إذنه متعلّقاً بأن يؤجره المشتري لنفسه فلا محالة يكون الإذن موجباً لسقوط خياره ، وذلك لأنّه لا معنى لإذن المالك في إجارة ملك الغير لنفس المشتري ، إذ المفروض أنّ المال بعد الفسخ ملك للبائع لا للمشتري فكيف يؤجره لنفسه بعد الفسخ أيضاً ، فالدلالة العقلية قائمة على أنّ البائع جعل ملكية المشتري مطلقة باسقاط خياره وبعد ما صار المال ملكه فلا محالة تصحّ إجارته .

وأمّا إذا أذن في إجارة المال من غير تقييد بكونها للمشتري فهي لا تكشف عن إسقاطه الخيار ، لأنّه أذن في الاجارة التي تقتضيها القاعدة ، ومقتضى القاعدة أنّ ملكية المنافع تابعة لملكية الأعيان وحيث إنّ المال قبل الفسخ ملك للمشتري ومنافعه له ، فالاجارة في مقابل تلك المنافع تصحّ عن المشتري ، وبما أنّه بعد الفسخ ملك للبائع ومنافعه له فتصحّ الاجارة بعد الفسخ للبائع ، وليس في هذا الإذن دلالة على إسقاط الخيار . نعم ثمرة هذا الإذن عدم وقوع الاجارة بعد الفسخ فضولية عن البائع ، هذا كلّه بناءً على مسلكنا .

(١) لاحظ منية الطالب ٣ : ٣٢١ .

والمتحصّل على ما سلكناه : أنّ ذا الخيار إذا أذن في إجارة المال للمشتري من ثالث فلا محالة يكون هذا إسقاطاً لخيار نفسه بجعل ملكية المشتري مطلقة ، وذلك لأنّ صحّة الاجارة تابعة لتملّك عين المال فإنّ تملّك المنافع من دون تملّك العين في الموجر غير ممكن ، فالاذن في تمليك المنفعة معناه كون المشتري مالكاً للمال إلى الأبد ولولاه لما تصحّ إجارته ، وأمّا بناءً على ما سلكه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) والمشهور من كون ملك المشتري مطلقاً فقد عرفت أنّه (قدّس سرّه) منع أوّلاً عن دلالة الإذن الساذج على سقوط الخيار ثمّ قوّى سقوطه به بدعوى أنّه يكشف عن رضاه بالعقد وأنّه ليس بأدون من تقبيل المشتري في بيع الجارية ، وأيّده برواية السكوني الدالّة على أنّ عرض المبيع للبيع رضىً بالبيع .

ولا يخفى أنّه لا وجه لسقوط الخيار بالإذن في الاجارة حينئذ على مسلكهم لأنّه نظير إذن المرتهن في بيع العين المرهونة والمشتري مالك للمبيع ولا تتوقّف إجارته على ملكه كما على مسلكنا حتّى يدّعى أنّ الإذن معناه جعل ملك المشتري مطلقاً ، فإنّ الإذن في الاجارة حينئذ إذن فيما تقتضيه القاعدة فلا يكشف عن سقوط الخيار بوجه . بل يمكن دعوى دلالة إذن المرتهن على إسقاط حقّه بأنّ الراهن لم يكن له بيع العين المرهونة فالإذن فيما ليس له كاشف عن أنّه أسقط حقّه وبه صار الراهن متمكّناً من بيع العين ، وهذا بخلاف المقام فإنّ المشتري متمكّن من إجارة العين كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولو بدون إذن ذي الخيار ، فالإذن في مثله لا يكشف عن شيء لأنّه إذن في شيء تقتضيه القاعدة ، هذا كلّه في الإذن الساذج .

وأمّا الإذن المتعقّب بالتصرف فهل يكون مثله موجباً لسقوط الخيار أو لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّه يوجب السقوط واستند فيه إلى وجهين :

---

(١) المكاسب ٦ : ١٥٧ .

أحدهما دلالة الإذن على إسقاط الخيار عند العرف ، ثمّ ناقش فيه . وثانيهما أنّ التصرف الواقع تفويت لمحلّ هذا الحقّ وهي العين بإذن صاحبه ، هذا .

ويمكن المناقشة فيما أفاده (قدّس سرّه) : بأنّ كون الإذن من ذي الخيار كاشفاً عن إسقاط الخيار عند العرف لا يكون بلا سبب ، فلابدّ من أن تكون الاستفادة المذكورة عرفاً مستندة إمّا إلى دلالة الإذن في الاجارة على إسقاط الخيار بالمطابقة وإمّا إلى دلالته على إسقاطه بالالتزام .

أمّا دلالة الإذن على إسقاط الخيار بالمطابقة فهي معلومة العدم ، لوضوح أنّ معنى أذنت لك في الاجارة ليس هو إسقاط الخيار .

وأمّا دلالته عليه بالالتزام فهي أيضاً منتفية ، لأنّ الإذن في الاجارة حينئذ لم يوجب زيادة على ما كان ثابتاً بطبعه وفي نفسه ، إذ المفروض بناءً على ما اختاره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من نفوذ تصرفات المشتري في المال بدون إذن ذي الخيار جواز الاجارة للمشتري ونفوذها منه على حسب القاعدة ، لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّه مالك للمال ملكية مستمرّة مطلقة ما لم يطرأ عليها فسخ ، فتكون إجارته صحيحة وواقعة في ملكه وهي نافذة ، فصحّة الاجارة ونفوذها ثبتا بطبعها وفي نفسها مع قطع النظر عن إذن ذي الخيار كما هو مختاره (قدّس سرّه) فالإذن حينئذ في الاجارة إذن فيما هو ثابت في نفسه وبطبعه ، فهل يكون الإذن فيما هو ثابت موجباً لسقوط الخيار ، مثلاً إذا اشترى أحد ثوباً وقال له البائع البسه فهل يكون إذن البائع في لبسه موجباً لسقوط خيار البائع لو كان ، فإنّ الإذن لم يثبت شيئاً زائداً على ما ثبت في نفسه ، فلا دلالة فيه على سقوط الخيار .

ومن هنا يظهر أنّ ذا الخيار لو أذن للمشتري في غير الاجارة من التصرّفات المعدمة للمال حقيقة أو حكماً كالأكل والبيع لا يكون هذا موجباً لسقوط خياره على مسلكنا من تحديد الملكية بالفسخ ، لأنّ البيع والأكل وغيرهما من التصرّفات كانت

ثابتة في نفسها وجائزة في طبعها لصدورها ممّن له سلطنة واختيار، والإذن في مثله لا يوجب تحقّق شيء زائد على ما كان ثابتاً في نفسه، نعم إنّما اخترنا الاسقاط في الاجارة لنفسه من جهة أنّها تتبع الملك ولولاه لما يعقل صحّة الاجارة، ولذا قلنا إنّ الإذن في الاجارة لنفسه معناه جعل ملكية المشتري مطلقة وغير مقيّدة بالفسخ ليكون مالكاً للمال مطلقاً وتصحّ إجارته لوقوعها في ملكه.

وكذا الحال في إذنه في الاجارة من الأجنبي على مسلك الشيخ والمعروف فإنّ الاجارة على مسلكهم كسائر التصرفات المُعدمة للمال على مسلكنا في أنّها صحيحة ونافذة فلا يكون الإذن في مثله موجباً للفسخ ولاسقاط الخيار، نعم لو أذن لثالث في إجارة المال يكون هذا موجباً أي كاشفاً عن الفسخ، إذ لا معنى لتجويز تصرّف غير المالك فالإذن يثبت لشيء زائد. وأمّا سقوطه في مثل تقبيل الجارية ولمسها فهو وإن كان كذلك إلّا أنّه ليس من جهة دلالته على الرضا بالمعاملة، فإنّ التقبيل واللمس بل الوطء لا يكشف عن الرضا ولا يمنع عن الفسخ فإنّه ربما يقصد الردّ بعد وطئها، بل الوجه في سقوط الخيار بمثله إنّما هو النصّ(١) الدالّ على مانعية التقبيل أو الوطء من الردّ.

والمتحصّل: أنّه على مسلك المشهور لا يكون إذن ذي الخيار في الاجارة ملازماً لاسقاط خياره كما لا يكون ملازماً معه في الإذن في التصرفات الناقلة، إذ لا مانع من تجويزها بقصد الفسخ بعدها والرجوع إلى بدلها كما لا يخفى.

والمتحصّل: أنّ في المقام جهات للكلام:

الأُولى: في صحّة إجارة من ليس له الخيار، فقد عرفت أنّ الفسخ عندنا كاشف عن بطلان الاجارة بعد الفسخ لأنّه غاية لملك المشتري وبعده لا ملك له حتّى

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب ٤ ح ١، ٢، ٣.

تصحّ إجارته .

الثانية : في أنّ الإذن من ذي الخيار بنفسه هل يكشف عن سقوط الخيار وأنّه إسقاط له أو لا ، وعرفت أنّه على مسلكنا ملازم لاسقاط الخيار لا على مسلك المشهور .

الثالثة : أنّ الاذن مع التصرف مسقط لخيار المجيز أو لا ، وقد عرفت أنّه لا وجه لكونه موجباً لسقوطه كما لا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري في وجهه .

ولا يخفى أنّ الإذن الساذج لو قلنا بكونه مسقطاً للخيار فلا يبقى لمسقطيه التصرف المتعقّب للإذن مجال ، فإنّ الساقط بالإذن لا يعقل أن يكون ساقطاً مرّة ثانية بالتصرف .

بقي الكلام فيما استدلّ به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] على أنّ التصرف الصادر بإذن من له الخيار موجب لسقوط الخيار ، وملخّص ما أفاده في وجهه : هو أنّ التصرّف موجب لتلف العين وتفويت محلّ الحقّ وبعده إذا فسخ ذو الخيار فلا يتمكّن من أن يطالب بعين ماله لأنّها تلفت بتصرّف صادر من أهله ، ولا ببدلها لأنّ ضمان البدل إنّما هو فيما إذا كان التلف في حال ثبوت الحق ووجوده لا في حال سقوطه ، هذا .

ولم يعلم حقيقة ما أفاده (قدّس سرّه) لأنّه إن أراد بالحق هو الخيار كما هو أحد محتملات كلامه (قدّس سرّه) إذ لا نتعقّل حقّاً غير الخيار في المقام بأن يقال إنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو فيما إذا كان التلف حال وجود الخيار لا في حال سقوطه ، فهو ممنوع كبرى ومورد للمناقشة صغرى .

أمّا المنع بحسب الكبرى : فلأنّه لم يقم دليل على أنّ ضمان البدل يختصّ بما إذا

(١) المكاسب ٦ : ١٥٨ .

كان التلف حال وجود الخيار ، بل ضمان البدل ثابت حتّى فيما إذا كان التلف في غير حال الخيار ، مثلاً إذا كان للمشتري خيار منفصل عن العقد كالخيار رأس شهر وقد تلفت العين قبل وقت الخيار ثمّ إذا أتى وقت الخيار فسخ المشتري بخياره المنفصل فإنّه يرجع إلى بدل ماله لا إلى عينه لأنّها تالفة ، فلو منعنا عن رجوعه إلى البدل أيضاً فما معنى ثبوت الخيار له حينئذ مع أنّ التلف كان في غير حال الخيار .

أو إذا فرضنا العقد لازماً من الابتداء أو لازماً باسقاط الخيار فيما إذا كان جائزاً من الابتداء وبعد ما صار لازماً تلفت العين ثمّ بعد تلفها تقايلاً فتفاسخا ، فإنّ كلّ واحد منهما يرجع إلى عين ماله لو كان وإلّا فإلى بدله مع أنّ التلف كان في غير حال الخيار ، والسرّ في ذلك أي في الانتقال إلى البدل مع أنّ التلف في غير حال الخيار هو أنّ ضمان المال في المقام إنّما هو ضمان يد وهي تقتضي ضمانه بعينه لو كان وبدله فيما إذا تلف بعد الفسخ أو التفاسخ ، فإنّ معناهما حلّ العقد وجعله كالعدم ولازمه رجوع كلّ من المالين إلى مالكهما إمّا بنفسهما أو ببدلهما وهذا ظاهر فالكبرى ممنوعة .

وأمّا المناقشة صغرى : فلأنّا لو سلّمنا تمامية الكبرى المدعاة وبنينا على أنّ التلف حال الخيار يوجب ضمان البدل لا في حال سقوطه ، فلا نسلّم أنّ التلف والتصرف في المال بإذن من له الخيار مسقط للخيار بحيث يقع التصرف حال سقوط الخيار ، فإنّ ذلك مستلزم للدور ، فإنّ سقوط الخيار موقوف على وقوع التصرف ووقوع التصرف في حال سقوط الخيار موقوف على سقوط الخيار ، ومن هنا علّل شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[1] سقوط الخيار بالتصرف المقرون باجازة ذي الخيار بوجه آخر :

---

(١) منية الطالب ٣ : ٣٢٢ .

وهو أنّ ثمرة الخيار إنّما هي الرجوع إلى عين المال أو إلى بدله وإلّا فلا معنى للخيار من دون جواز مطالبة العين ولا بدلها ، وفي المقام لا يتمكّن ذو الخيار من مطالبة عين ماله ولا بدله ، أمّا عدم إمكان المطالبة بعين ماله فلأجل تلفها ، وأمّا عدم إمكان المطالبة بالبدل فلأجل أنّ التلف إنّما يوجب ضمان البدل فيما إذا لم يستند إلى إذن المالك ومن له الخيار ، فإنّ التلف مع الإذن فيه لا يمكن أن يكون موجباً لضمان البدل ، والمفروض في المقام أنّ تصرّف المشتري وإتلافه مستند إلى إجازة ذي الخيار فلا رجوع إلى العين ولا إلى بدلها فلا معنى للخيار في المقام ، ولعلّ هذا الوجه هو مراد شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أيضاً وإن لم تكن عباراته وافية بذلك ، فإنّ إرادة الخيار من الحقّ ودعوى أنّ ضمان البدل مخصوص بما إذا كان التلف في حال وجود الخيار لا يرجع إلى محصّل .

إلّا أنّ ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) أيضاً ملحق بالأول في عدم إمكان المساعدة عليه ، وذلك لأنّ التلف وإن كان مقروناً بإذن من له الخيار إلّا أنّ إذنه في المقام لا يزيد شيئاً على ما ثبت بنفسه وطبعه ، لأنّه إنّما أجاز في تصرّفه والمفروض أنّ تصرّفات من عليه الخيار صحيحة ونافذة عند شيخنا الأنصاري ، فهو إنّما أذن فيما ثبت له في نفسه ومثله لا يكون رافعاً لضمانه ، فإنّ الإذن في التصرّف الرافع للضمان إنّما هو إذن المالك ، ومن له الخيار ليس مالكاً للمال وإنّما يكون مالكاً له بعد فسخه ، فإذنه إنّما وقع في حال عدم مالكيته وهو غير مؤثّر في ارتفاع الضمان ، وبعد ما صار مالكاً له بالفسخ لم يأذن في إتلافه ، فله بعد مالكيته المطالبة بماله أو بدله .

ومن هنا يظهر أنّ الأمر كذلك حتّى على القول بعدم نفوذ تصرّفات من عليه الخيار في زمان الخيار ، وذلك لأنّ إذن ذي الخيار في التصرف حينئذ إنّما يوجب رفع حرمته كما في إذن المرتهن في بيع مال الرهانة ، إلّا أنّه لا يقتضي رفع ضمان البدل فإنّ ضمان البدل إنّما يرتفع بإذن المالك ومن له الخيار ليس مالكاً للمال كما تقدّم ، وكأنّه

(قدّس سرّه) خلط إذن غير مالك في الاتلاف بإذن المالك .

فالمتحصّل إلى هنا : أنّه لا دليل على أنّ إذن ذي الخيار أو التصرف المقرون بإذنه مسقط للخيار ، اللهمّ إلّا أن تقوم قرينة خارجية على أنّه أراد بإذنه إسقاط الخيار أو يعلم ذلك بأمر آخر وهذا ظاهر .

الكلام في أنّ المبيع يملك بالعقد أو بمضيّ الخيار

وهذه المسألة كما ذكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(١) ينبغي أنّ تقدّم على المسألة السابقة كما أشرنا إليه في المسألة المزبورة ، لأنّ الملك إذا كان متوقّفاً على مضي زمان الخيار فلا محالة تكون تصرّفاتِ المشتري ومن عليه الخيار واقعة في ملك الغير وهي محرّمة وغير نافذة وليست أمراً قابلاً للتكلّم والبحث ، فالنزاع في نفوذ تصرّفات من عليه الخيار وجوازها يتوقّف على حصول الملك بنفس العقد ويتكلّم حينئذ في جواز تصرّفات غير ذي الخيار لأنّ المال متعلّق لحقّ الغير .

وكيف كان فقد نسب إلى الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)(٢) وجماعة القول بتوقّف الملك على مضي الخيار ، ومن هنا منعوا بيع المشتري المبيع في المجلس وقبل الافتراق بدعوى أنّه بيع غير المملوك . وكلماتهم في المقام مختلفة كما أنّ النسبة مختلفة ، فربما ينسب إليهم توقّف الملك على مضي الخيار مطلقاً ، وأُخرى ينسب إليهم توقّف الملك على مضيّ الخيار المتّصل دون المنفصل ، وثالثة يخصّص ذلك بما إذا كان الخيار للبائع أو لكلا المتبايعين ، وأمّا إذا كان الخيار للمشتري فقط فلا يقولون بالتوقّف ، ولا يهمّنا تحقيق ما ينسب إلى الجماعة وأنّهم يدّعون التوقّف على نحو

(١) منية الطالب ٣ : ٣٢٣ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٢ مسألة ٢٩ ، المبسوط ٢ : ٨٣ .

الاطلاق أو في بعض الموارد دون بعضها الآخر ، والمهمّ مراجعة الأدلّة التي يستدلّ بها على مسلك المشهور أو على مسلك الجماعة فنقول :

لا ينبغي الإشكال في أنّ مقتضى العمومات كقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾(١) و ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾(٢) حصول الملك من حين المعاملة بلا توقّف له على مضي الخيار سيّما بملاحظة سيرة العقلاء فإنّها جرت على اعتبار الملكية من حين المعاملة ولا يقيّدونها بمضي الخيار .

ومن البديهي أنّ الآيات المتقدّمة إنّما وردت إمضاء للمعاملات الدارجة بين العقلاء فإنّها إمضائية وكانت المعاملات متحقّقة قبل الشرع والشريعة وليست تأسيسية وحادثة بعد الشريعة الإسلامية ، ومن الظاهر أنّها إنّما تمضي العقد حسب ما هو دارج عند العقلاء وقد عرفت أنّ المتعاملين من العقلاء إنّما يعتبرون الملكية من زمان المعاملة لا بعد مضيّ الخيار .

فيكون معنى ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ كما أشرنا إليه مراراً أنّ الله أطلق البيع ولم يقيّده بشيء ، وقد عرفت أنّ البيع عندهم هو الذي يوجب الملكية من حين المعاملة .

وكذا الحال في قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ الخ فإنّ المراد بالأكل ليس هو الازدراد والبلع وإنّما المراد به التملّك لأموال الغير ، كما يطلق الأكل بهذا المعنى في لغة العرب وغيرها وينسب إلى ما لا يقبل الأكل فيقال إنّ فلاناً أكل دار فلان ، وهذا هو المراد في الآية المباركة ، كما هو المراد في قوله تعالى ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾(٣)

---

(١) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) البقرة ٢ : ١٨٨ .

وبالجملة أنّ التملّك لأموال الناس محرّم إلّا بالتجارة عن تراضٍ وهي التجارة الحاصلة بالعقد.

والمتحصّل: أنّ الآية المباركة دلّت على حصول التملّك بالعقد، فمقتضى العمومات ما ذهب إليه المشهور، ولكن يبقى الكلام هنا في أمرين آخرين:

أحدهما: في أنّ مسلك المشهور هل دلّ عليه دليل خاص غير العمومات المتقدّمة من الروايات أو لا تدلّ الروايات الخاصّة عليه.

وثانيهما: في أنّ مسلك الشيخ والجماعة هل دلّ عليه الدليل أم لم يدل، فإن دلّت الروايات الخاصّة على مسلك المشهور وكانت أدلّة مسلك الشيخ (قدّس سرّه) أيضاً تامّة فتقع المعارضة بين دليلي المسلكين ويمكننا حينئذ إثبات مسلك المشهور إمّا بترجيح أدلّة مسلك المشهور على أدلّة مسلك الشيخ لموافقتها الكتاب وهو عمومات الآيات المتقدّمة، وإمّا من جهة سقوط المتعارضين معاً والرجوع إلى العام الفوق وهي عمومات الآيات ومقتضاها حدوث الملك من زمان العقد.

وأمّا إذا لم تدلّ الروايات الخاصّة على مسلك المشهور وكانت أدلّة ما ذهب إليه الشيخ تامّة فلا يجدي وجود العمومات في إثبات مسلك المشهور، بل لابدّ حينئذ من تقييد العمومات بتلك الأدلّة والالتزام بأنّ الملك يحصل بعد مضي الخيار لا قبله كما التزمنا بمثله في بيع الصرف والهبة ونحوهما، فإنّ مقتضى البيع حدوث الملكية من الابتداء إلّا أنّه قام الدليل على أنّها يتوقّف على القبض وقبله لا ملك فيكون المقام أيضاً كذلك وأنّ مقتضى العمومات وإن كان حدوث الملك بالعقد إلّا أنّ الدليل قام على عدم حصوله قبل مضي الخيار، وكيف كان فقد عرفت أنّ الملك يحصل بنفس العقد على المشهور ولا يتوقّف على انقضاء زمان الخيار.

وقد استدلّ على مسلك المشهور بعدّة روايات **منها** : قوله (عليه السلام) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »(١) فإنّ الظاهر أنّ متعلّق الخيار هو الفسخ بمعنى أنّهما مختاران في الفسخ ما لم يفترقا ، لا أنّ متعلّقه البيع بأن يكونا مختارين في البيع ما لم يفترقا ، فإنّ حصول البيع مفروض قبل ذلك لأنّه أُخذ في موضوع الحكم بالخيار حيث قال « البيّعان » والبيع عبارة عن مبادلة مال بمال ، فهذه الرواية تدلّ على أنّ الملك والبيع يحصلان بنفس العقد ولا يتوقّفان على انقضاء زمان الخيار .

ولا يرد عليه : أنّ متعلّق الخيار غير مذكور في الرواية ، لما عرفت من أنّ متعلّقه الفسخ .

ومنها : قوله (عليه السلام) في خيار الحيوان « صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام »(٢) حيث أُطلق على المشتري عنوان الصاحب الذي هو مرادف للمالك في زمان الخيار ، فمنه يستكشف أنّ الملك لا يتوقّف على انقضاء زمان الخيار .

نعم يمكن أن يقال : إنّ هذه الرواية لا دلالة لها على خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) لأنّه لم يظهر منه توقّف الملك على انقضاء خيار المشتري فيما إذا كان الخيار مخصوصاً به وإنّما يدّعي توقّف الملك على انقضاء الخيار الثابت للبائع أو لكليهما ، وعليه فلا تكون هذه الرواية دالّة على خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) .

ومنها : ما ورد(٣) في جواز نظر المشتري إلى الأمة المشتراة ولمسها وتقبيلها في زمان الخيار ، فإنّ الأمة لو لم تكن مملوكة له بالعقد لا يجوز له النظر واللمس

---

(١) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب١ ح٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح٢ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١٣ / أبواب الخيار ب٤ .

ونحوهما لعدم كونها مملوكة .

وربما يقال : إنّ جواز النظر واللمس ونحوهما لا يختصّان بالملك فقط بل يمكن أن يكون النظر ونحوه جائزاً له مع أنّها ليست مملوكة له ، وهذا لا من جهة التحليل كما ربما يتوهّم فإنّ التحليل لا أثر منه في المقام ، إذ البائع لم يحلّل أمته للمشتري ، بل من جهة أنّ المشتري بالخيار وله إمضاء العقد وفسخه فإذا تصرف في الأمة بالنظر ونحوه فيكون حاله حال تصرف الزوج في زوجته المطلّقة قبل انقضاء عدّتها ، بمعنى أنّ الزوجية تحصل بنفس ذلك التصرف وإن بني على أن يكون ذلك زناً منه لجهله بالحكم ، وفي المقام أيضاً إذا تصرف المشتري في الأمة بذلك يسقط الخيار ويحصل له الملك .

والجواب عن ذلك : أنّ جواز تصرّفات الزوج في زوجته المطلّقة قبل انقضاء عدّتها إنّما هو من جهة أنّ المطلّقة في مدّة العدّة زوجة لزوجها ولم تبن منه وتحصل البينونة بينهما بعد انقضاء عدّتها ، فإذا وطئ المطلّقة حينئذ فقد وقع الوطء على زوجته ولا إشكال في جوازه ، وهذا بخلاف المقام فإنّ الأمة لم تدخل في ملكه قبل نظره إليها ولمسها ، فلا محالة يقع تلك التصرّفات في غير مملوكته فتحرم وإن قلنا بحصول الملكية مقارناً مع النظر واللمس .

اللهمّ إلّا أن يقال بما أشرنا إليه سابقاً من أنّ جواز الوطء وترك حفظ الفرج لا يتوقّف إلّا على مقارنته للزوجية والملكية في الاماء ، فإنّه لا يستفاد من قوله تعالى ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[1] إلّا كون ترك حفظ الفرج أعني الوطء مقارناً لكون الموطوءة زوجة له ، ولا يشترط أن تكون الزوجية سابقة

---

(١) المؤمنون ٢٣ : ٦ .

على الوطء بل تكفي المقارنة الزمانية في الجواز ، ولا عبرة بالتقدّم والتأخّر الرتبيين في الأحكام الشرعية بل اللازم هو المقارنة بينهما بحسب الزمان وعدم تأخّر الوطء عن الزوجية زماناً ، وعليه فلا تكون هذه الرواية دليلاً على خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) .

ومنها : ما ورد[1] في بيع الخيار وأنّه لا مانع من أن يبيع أحد ماله من المشتري ويشترط عليه الخيار لنفسه إذا جاء بمثل الثمن ، وهذا الخيار ممّا نصّ عليه في الأخبار وقد دلّت الروايات في مثل هذه المعاملة على أنّ نماء المبيع للمشتري قبل مجيء البائع بمثل الثمن ، وأنّه إذا ردّ يرد نفس المبيع لا منافعه ، ومن الظاهر أنّ ملكية المنافع ثابتة لملكية العين ومنها ينكشف أنّ الملك يحصل بنفس العقد ولا يتوقّف على انقضاء الخيار .

ويمكن أن يزاد في الاستدلال : بأنّ من المعلوم خارجاً جواز تصرفات البائع في الثمن ، إذ لو لم يرد التصرف في ثمن ماله لما كان وجه لبيعه ، فهو إنّما باعه ليصرف ثمنه في حوائجه ومن هنا قيّد الأصحاب والأخبار الخيار بما إذا جاء بمثل الثمن لا بنفسه ، ومن الظاهر أنّ جواز تصرف البائع في الثمن يتوقّف على دخول الثمن في ملكه والمثمن في ملك المشتري وإلّا فلا يجوز للبائع أن يتصرف في مال المشتري ومنه يظهر أنّ الملك لا يتوقّف على انقضاء الخيار .

وربما يورد على الاستدلال بهذه الأخبار : بأنّ الخيار الثابت في بيع الخيار منفصل ، ولم يعلم من مذهب الشيخ (قدّس سرّه) أنّه يرى توقّف الملك على انقضاء الخيار المنفصل وإنّما يدّعي توقّفه على انقضاء الخيار المتّصل فقط ، فلا تكون هذه الأخبار دالّة على خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٨ / أبواب الخيار ب٧ ، ٨ .

والجواب عنه بوجهين، أحدهما: أنّ الشيخ يدّعي توقّف الملك على انقضاء مطلق الخيار متّصلاً كان أم منفصلاً، ومن هنا منع في المسألة السابقة عن تصرفات غير ذي الخيار في زمان الخيار المنفصل.

وثانيهما: لو سلّمنا أنّ مسلك الشيخ (قدّس سرّه) توقّف الملك على خصوص الخيار المتّصل فنتمسّك باطلاق الروايات لأنّها دلّت على أنّ البيع بشرط جعل الخيار لنفسه صحيح سواء كان الخيار متصلاً بأن يكون البائع بالخيار من الابتداء وغاية الأمر أنّ ظرف إعماله متأخّر، أو كان الخيار منفصلاً وثابتاً له حين ردّ مثل الثمن.

وأُخرى يستشكل في الاستدلال بهذه الأخبار: بأنّ الشرط ليس هو شرط الخيار وإنّما هو شرط انفساخ المعاملة بنفسها عند ردّ مثل الثمن، فهذه الروايات أجنبية عن المقام وليس هناك خيار حتّى يقال إنّ الملك حصل قبل مجيء زمان الخيار.

والجواب عن ذلك: أنّ اشتراط انفساخ المعاملة بنفسها باطل كما عرفته في محلّه فكيف يشترط في البيع أمر باطل.

على أنّ إرادة المتعاملين اشتراط الانفساخ بعيد جدّاً.

ومنها: ما ورد في بيع العينة ومن جملته صحيحة بشّار بن يسار «عن الرجل يبيع المتاع بنسأ فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»[1] فإنّ قوله (عليه السلام) «ليس هو متاعك» صريح في أنّ الملك يحصل بنفس العقد، والمشتري بعد ما يملكه بالعقد يشتريه البائع منه ثانياً، ولا يتوقّف الملك على انقضاء الخيار

(١) الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب٣ ح٣.

كخيار المجلس على ما صرّح به في بعض الأخبار حيث دلّ على جواز بيعه من البائع ثانياً ولو في مكان واحد .

وأجاب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) عن هذه الروايات بأنّها لا تدلّ على خلاف مسلك الشيخ (قدّس سرّه) لأنّ الملك للمشتري إنّما حصل باسقاطه الخيار بتواطئه على البيع من البائع ثانياً ، وكذا البائع أسقط خياره بتواطئه على الشراء من المشتري لا أنّ الملك حصل بالعقد .

وهذا منه (قدّس سرّه) عجيب ، فإنّ الخيار إنّما يسقط بأمرين : أحدهما إسقاطه بانشائه قولاً أو فعلاً ، وثانيهما : إسقاطه تعبّداً ، وأمّا كون التواطؤ موجباً لسقوط الخيار فلم يدلّ عليه دليل ، فهذه الرواية ممّا لا بأس بالاستدلال به على مسلك المشهور .

وربما يستدلّ على مسلكهم بصحيحة محمّد بن مسلم الواردة في بيع ما ليس عنده عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من أجله ، قال : ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه »(٢) بتقريب أنّ الإمام (عليه السلام) حكم بأنّ المبيع ملك للدلّال باشترائه من مالكه ، فمنه يظهر أنّ الملك يحصل بنفس العقد ولا يتوقّف على انقضاء الخيار وإلّا فلا وجه لكونه ملكاً له بشرائه ، هذا .

ولا يخفى أنّ الاستدلال بهذه الرواية عجيب فإنّها وردت في مقام اشتراط صحّة البيع بملك المبيع وأنّ بيع غير المملوك باطل وإذا حصل له الملك فلا مانع من بيعه ، وأمّا أنّ الملك حصل بنفس العقد أم بشيء آخر فلا تعرّض له في الرواية .

---

(١) المكاسب ٦ : ١٦٦ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥١ / أبواب أحكام العقود ب٨ ح٨ .

وبالجملة : ليست الرواية بصدد بيان جميع شرائط المعاملة فإنّ لها شرائط كثيرة ككون البيع بالصيغة العربية والقبض في الصرف والسلم والهبة ونحوها ، ولا تعرّض فيها لتلك الشروط فليكن منها توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار فكما لا يمكن التمسّك بها في نفي سائر الشروط فكذلك لا يمكن نفي اشتراط الملك بانقضاء الخيار ، هذه هي الأخبار الخاصّة الدالّة على مسلك المشهور ولا بأس بها كما عرفت .

وفي قبال هذه الأخبار رواية واحدة تدلّ بظاهرها على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) وهي صحيحة ابن سنان « عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري » الحديث[1] فإنّ قوله (عليه السلام) « ويصير المبيع للمشتري » ظاهر في توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار ، ولا إشكال في ظهورها في توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار .

إلّا أنّه لم يعلم من الشيخ (قدّس سرّه) الالتزام بتوقّف الملك على انقضاء زمان الخيار في مورد الرواية أعني مورد ثبوت الخيار للمشتري فقط ، لأنّ كلماته ظاهرة في دعوى التوقّف في خيار البائع أو خيارهما ، وأمّا في زمان خيار المشتري فلا وعليه فلم يعلم العمل على طبق الرواية حتّى من الشيخ (قدّس سرّه) .

ثمّ لو سلّمنا أنّ الشيخ يدّعي توقّف الملك على انقضاء الخيار حتّى في خيار المشتري فلا مناص من رفع اليد عن ظهور الرواية وحملها على معنى آخر بقرينة الأخبار المتقدّمة الدالّة على حصول الملك من زمان العقد فنحمل الرواية على إرادة الملك اللازم ، فمعنى أنّه يصير المبيع للمشتري أي يصير له على نحو الاستقرار

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ ح ٢ .

والثبوت لا على نحو التزلزل كما في زمان الخيار ، فإنّ معنى يكون ويصير ويثبت ويلزم واحد ويطلق على اللزوم عند العرف فيقال إنّ هذا الشيء صار لفلان فيما إذا لم يمكن إرجاعه ويثبت له ، وهذا المعنى وإن كان على خلاف الظهور إلّا أنّ ارتكابه بقرينة الأخبار المتقدّمة جمعاً بينها وبين الرواية ممّا لا مناص عنه .

ثمّ لو تنزّلنا ولم يمكننا الجمع الدلالي بين الروايات المتقدّمة وهذه الرواية ووقعت المعارضة بينهما ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ الترجيح مع الأخبار الدالّة على حصول الملك من زمان العقد من أجل شهرتها ، ولعلّه (قدّس سرّه) أراد بها الشهرة الفتوائية لعدم جريان الشهرة الروائية في المقام كما سيظهر .

وفيه : أنّ الشهرة الفتوائية لا توجب الترجيح ولا اعتبار بها اللهم فيما إذا أوجب إعراض المشهور عن الرواية ، فإذا كانت الشهرة موجبة لاعراضهم عن الرواية فعلى مسلكهم من أنّ إعراض المشهور عن رواية يوجب سقوطها عن الاعتبار لابدّ من الالتزام بعدم حجّية الرواية في المقام ، ومع عدم حجّيتها لا معنى للمعارضة وترجيح الأخبار المتقدّمة على تلك الرواية .

وأمّا إذا لم توجب الشهرة إعراض المشهور عن الرواية فلا تكون موجبة للترجيح أبداً .

وإن اُريد بالشهرة الشهرة الروائية على خلاف صراحة كلامه (قدّس سرّه) فهي غير متحقّقة في المقام ، فإنّ المراد بالشهرة في الرواية على ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) هو كونها ظاهرة وواضحة من شهر فلان سيفه وسيف

---

(١) المكاسب ٦ : ١٧٢ .

(٢) فرائد الاُصول ٢ : ٧٨١ .

مشهور أي ظاهر ، وأن يكون ممّا لا ريب فيه كما في الرواية[١] لا مجرد الكثرة العددية ككونها أربعة أو خمسة ، ومن الظاهر أنّ الأخبار الدالّة على حصول الملك من زمان العقد ليست بتلك المثابة وممّا لا ريب فيه ، بل نحتمل صحّة الرواية الدالّة على توقّف الملك على انقضاء الخيار فلا شهرة روائية في المقام .

فالصحيح في ترجيح الأخبار المتقدّمة أن يقال : إنّها موافقة لعمومات الكتاب فإنّ قوله تعالى **﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾**[٢] أو **﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾**[٣] الدالّين على إمضاء المعاملات تدلّان على حصول الملك من زمان العقد ، فتكون الأخبار الدالّة على حصوله بالعقد موافقة لتلك العمومات القرآنية وتتقدّم على الرواية الدالّة على توقّف الملك على انقضاء الخيار .

فإلى هنا تحصّل أنّ الملك يحصل بنفس العقد ولا يتوقّف على انقضاء الخيار ولو كان لأحدهما أو لكليهما خيار في ردّ المعاملة .

بقي الكلام فيما يستدلّ به تارةً على مذهب المشهور وأُخرى على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) وهو قوله (صلّى الله عليه وآله) « الخراج بالضمان »[٤].

والاستدلال به على مسلك المشهور إنّما هو في فرض ثبوت الخيار للبائع أو فرض ثبوته له وللمشتري ، فإنّ المبيع إذا تلف حينئذ فهو مضمون على المشتري لما دلّ على ضمان المشتري للمال فيما إذا تلف في زمان الخيار للبائع ، ومقتضى هذه الرواية أنّ ملك المنافع المعبّر عنه بالخراج إنّما هو في مقابل الضمان ، فضامن المال هو

---

(١) الوسائل ٢ : ١٠٦ / أبواب صفات القاضي ب٩ ح١ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٣) النساء ٤ : ٢٩ .

(٤) المستدرك ١٣ : ٣٠٢ / أبواب الخيار ب٧ ح٣ .

المالك لمنافعه ، وحيث إنّ الضامن في مفروض الكلام هو المشتري لأنّه تلف في زمان خيار البائع ، فلا محالة يكون المنافع أيضاً للمشتري بمقتضى هذا الحديث وحيث إنّ ملكية المنافع تابعة لملكية الأعيان فيستكشف بذلك أنّ العين أيضاً مملوكة للمشتري في زمان خيار البائع ، وهو الذي ذهب إليه المشهور كما مرّ .

فهناك انتقالان : أحدهما الانتقال من العلّة إلى معلولها والعلّة هي الضمان ومعلولها ملكية المنافع . وثانيهما : الانتقال من المعلول إلى علّته والمعلول هو ملكية المنافع وعلّته ملكية العين .

ويدفع هذا الاستدلال أمران : أحدهما ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من عدم مسلّمية الصغرى للحديث في المقام ، فإنّه لم يظهر من الشيخ (قدّس سرّه) الالتزام بضمان المشتري لتلف المبيع في زمان خيار البائع لأنّه ليس بمالك للمبيع حينئذ ، ولعلّه يرى ضمانه على البائع في زمان خياره فإنّ المال بعدُ لم يصر سبباً للمشتري حتّى يكون ضمانه عليه .

وثانيهما : أنّه لو سلّمنا أنّ الشيخ يلتزم بضمان المشتري حينئذ والتزم بكون المنافع له أيضاً ، إلّا أنّا لا نسلّم الكبرى المدعاة بأن يكون الضامن للمال بأي ضمان فرضناه مالكاً للمنافع حتّى في مثل الغاصب فإنه أيضاً ضامن للمال فهو مالك لمنافعه كما أفتى به أبو حنيفة[2].

بل المراد بالضمان في الحديث على ما بيّناه في حكم المقبوض بالعقد الفاسد هو الضمان المعاوضي والمعاملي بمعنى أنّ من بذل شيئاً وأخذ في مقابله شيئاً آخر فهو يملك منافعه لأنه ضمن المال المبيع بدفع بدله المعبّر عنه بالضمان المعاملي فيكون معنى

---

(١) المكاسب ٦ : ١٧٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٧ : ١٤٥ ، المبسوط ١١ : ٧٨ ، بداية المجتهد ٢ : ٣١٨ .

الحديث تبعية المنافع للأعيان بحسب الملكية كما قدّمناه ، وعليه فتكون الرواية أجنبية عن المقام ، إذ من الظاهر أنّ المشتري في المقام وإن قلنا بضمانه ليس ضمانه ضماناً معاملياً فإنّ المفروض أنّ المشتري لم يتملّك المبيع في زمان الخيار حتى يضمنه بمقابله وإنّما يضمنه بعد انقضاء الخيار فيكون ضمانه ضمان يد كما في ضمان المقبوض بالسوّم . نعم لو قلنا بأنّ كل ضمان يوجب ملكية المنافع لتمّ الاستدلال بالحديث في المقام ، هذا .

على أنّ الحديث نبوي وقد ورد عن بعض طرق العامّة ولم نقف على مستنده من طرقنا ولم نجد منه أثراً في كتب الروايات وإن ذكره الفقهاء في كتبهم الاستدلالية في بعض المقامات فالحديث لا أساس له ، هذا كلّه في تقريب الاستدلال به على مذهب المشهور وجوابه .

وأمّا الاستدلال به على مسلك الشيخ (قدّس سرّه) فهو في فرض ثبوت الخيار للمشتري فقط كما في خيار الحيوان فإنّ تلف المبيع حينئذ مضمون على البائع بمقتضى قوله (عليه السلام) « كلّ مبيع تلف في زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له »[١] ومقتضى الحديث أنّ الضامن للمال يملك منافعه أيضاً ، فالمنافع ملك للبائع وملكية المنافع تابعة لملكية الأعيان ، فمنه يستكشف أنّ العين ملك للبائع في زمان الخيار .

ولا يرد على هذا الاستدلال مناقشة الشيخ (قدّس سرّه) صغرى ، إذ البائع ضامن للمبيع حينئذ بلا كلام ، فينحصر الجواب عنه بما قدّمناه من أنّه ليس كل ضمان موجباً لملكية المنافع ، بل الضمان الموجب له هو الضمان المعاملي الذي هو عبارة أُخرى عن تبعية المنافع لملك العين وهي أمر ثابت في نفسه سواء قلنا بصحة ذلك الحديث أم لم نقل ، ومن المعلوم أنّ ضمان البائع للمبيع ليس ضماناً معاملياً لأنّه لم

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب ٩ .

يشتر المال وإنّما ضمانه ضمان تعبّدي خاصّ في مقابل الضمان بالغصب واليد فإنّه لم يغصب المبيع ولا هو في يده ولكن الدليل دلّ على ضمانه وهو لا يوجب ملكية المنافع.

نعم يبقى هناك شيء وهو أنّ البائع إذا لم يكن مالكاً للمنافع وكانت مملوكة للمشتري فلابدّ من الالتزام بالتخصيص في الحديث، فإنّ معناه أنّ من لم يكن ضامناً للمال فلا يكون مالكاً للمنافع، والمشتري مع أنّه غير ضامن للمال فكيف صار مالكاً لمنافعه.

ولكن الالتزام بالتخصيص في الحديث ممّا لا محذور فيه فإنّه ليس حكماً عقلياً غير قابل للتخصيص كما نلتزم بالتخصيص فيه في ضمان المقبوض بالسوّم فإنّ الضامن للمال حينئذ هو المشتري مع أنّه غير مالك لمنافعه والمنافع مملوكة لمالكه مع عدم ضمانه للمال تخصيصاً لعدم مملوكية المنافع لغير ضامن المال، هذا كلّه.

على أنه لم يظهر من الشيخ (قدّس سرّه) الالتزام بتوقّف الملك على انقضاء الخيار فيما إذا كان الخيار للمشتري فقط كما في المقام.

والمتحصّل: أنّ الملك يحصل بنفس العقد كما ذهب إليه المشهور بلا فرق في ذلك بين ثبوت الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما أو الأجنبي، سواء كان الخيار متصلاً أم منفصلاً.

الكلام في أنّ المبيع في ضمان من ليس له الخيار

والكلام في ذلك يقع من جهات:

الجهة الأُولى: لا إشكال في أنّ ضمان المبيع على من ليس له الخيار في الجملة وإنّما الخلاف في أنّ هذه القاعدة تختص ببعض الخيارات أو تجري في جميع موارد الخيار؟

ربما يدّعى عمومية القاعدة وجريانها في جميع الخيارات بوجهين :

أحدهما : دعوى الاجماع على التعميم كما في كلام صاحب الرياض[١] والمحقّق جمال الدين في حاشية الروضة[٢].

وفيه : أنّ المذكور في كلامهما هو نفي الخلاف دون دعوى الاجماع فراجع . ومع الغضّ عن ذلك لا وقع لدعوى الاجماع في المسألة لاحتمال استنادهم في ذلك إلى الأخبار الدالّة على ثبوت هذه القاعدة في خيار الحيوان بدعوى تنقيح المناط كما سيأتي ، ومعه لا يبقى للاجماع وقع ولا يكون إجماعاً تعبّدياً كاشفاً عن قول الإمام (عليه السلام) هذا كلّه . على أنّ ذهاب مثل المحقّق وغيره من أعاظم الأصحاب إلى الاختصاص يوهن تحقّق الاجماع على التعميم ، فهذا الوجه ساقط .

وثانيهما : الاستصحاب فإنّ ضمان المبيع قبل قبضه على بائعه وإذا شككنا في بقاء ضمانه بعد قبضه من المشتري أو انتقاله أي الضمان إلى المشتري بقبضه فنستصحب بقاء ضمان البائع حتى نقطع بارتفاع ضمانه ، كما إذا انقضى خيار المشتري .

وفي هذا الاستصحاب موارد للمناقشة وذلك **أمّا أولاً** : فلما بنينا عليه في محلّه من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

وأمّا ثانياً : فلعدم جريان الاستصحاب في نفسه لارتفاع موضوعه ، فإنّ ثبوت الضمان على البائع قبل قبضه من جهة بناء العقلاء أو التعبّد الشرعي لقوله (عليه السلام)[٣] حتى يخرجه من بيته ويسلّمه إلى المشتري ، يختصّ بما إذا لم يقبض

---

(١) رياض المسائل ٨ : ٣٢٤ .

(٢) التعليقات على شرح اللمعة الدمشقية : ٣٦٤ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب ١٠ ح ١ .

المشتري المبيع فموضوعه هو المبيع غير المقبوض ، فإذا فرضنا أنّه أقبضه من المشتري فقد ارتفع موضوع الحكم بالضمان ومعه كيف يمكن استصحابه .

وبعبارة أُخرى : أنّ الضمان الموجود قبل القبض قد ارتفع بحدوث أمده وهو الاقباض قطعاً ، ونشك في حدوث فرد آخر من الضمان بعد القبض ، فالاستصحاب من قبيل القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي ، وهذا ظاهر .

وثالثاً : أنّ المقام من موارد دوران الأمر بين التمسّك بعموم العام واستصحاب حكم المخصّص ، وذلك لما تقدّم من أنّ مقتضى القاعدة الأوّلية أنّ ضمان كل مال على مالكه ، ولا وجه لضمان غير المالك لمال المالك وهذا ظاهر ، وقد خرجنا عن هذه القاعدة فيما إذا تلف المبيع قبل قبضه للأخبار المتقدّمة في محلّه ، وإذا أقبضه من المشتري فنشك في أنه من موارد التمسك بالعام أعني ضمان كل مالك لماله أو من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصّص ، وقد ذكرنا في محلّه أنّ اللازم هو التمسّك بالعام ولا وجه لاستصحاب حكم المخصّص فإنّ معنى ضمانه على البائع أنّ المعاملة انفسخت ورجع المال إلى ملك البائع وتلف في ملكه ، مع أنّ مقتضى عموم قوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**[1] كما بيّناه في محلّه لزوم المعاملة في جميع الأزمان لأنه إرشاد إلى لزومها وعدم قبولها للانفساخ ، فإذا لم تنفسخ فلا يبقى وجه لضمان البائع لملك المشتري كما هو مقتضى العام .

ورابعاً : أنّ الدليل أخصّ من المدّعى ، إذ ربما لا يجري استصحاب ضمان البائع لكون المال في قبض المشتري من حين المعاملة أو قبلها لاجارة أو عارية أو وديعة أو غصب ، وفي مثله لا يكون البائع محكوماً بالضمان في زمان حتى نستصحبه .

والمتحصّل : أنّ ضمان من لا خيار له في جميع الخيارات مّما لا يثبت بشيء من

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

الوجهين وهو أمر على خلاف القاعدة ولابدّ في الخروج عنها من دليل .

فالصحيح أنه لابدّ من المراجعة إلى الأخبار الدالّة على هذه القاعدة لنرى أنها تثبتها في جميع الخيارات أو تخصّصها ببعضها فنقول : قد ورد في بعض أخبار خيار الحيوان أنّ ضمان المبيع على البائع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري ، وبه استدلّ على القاعدة المتقدّمة من أنّ ضمان المبيع على من لا خيار له فيما إذا تلف في زمان الخيار ، وتعميمها إلى جميع الخيارات مبني على إرادة مطلق الشرط في قوله (عليه السلام) « حتى ينقضي الشرط »[١] أي الخيار ، وأنّ الضمان في زمان مطلق الخيار محمول على عهدة من لا خيار له .

وهو خلاف ظاهر الخبر فإنّ الظاهر أنّ الألف واللام في قوله « حتّى ينقضي الشرط » عهدي للاشارة إلى الشرط المذكور في الرواية أعني خيار الحيوان ، وعليه فتختص هذه القاعدة بخياري الحيوان والشرط ولا تجري في تمام الخيارات وجريانها في خيار الشرط لقوله (عليه السلام) « إن كان بينهما شرط أياماً معدودة »[٢] فإنّه يصدق على خياري الحيوان والشرط ، فإنّ الشرط في كل منهما أيام معدودة أي مضبوطة غاية الأمر أنّه محدود في خيار الحيوان شرعاً ، وأمّا في خيار الشرط فهو محدود إلى وقت معيّن بالجعل ، ولا ينطبق على غيرهما حتّى على خيار المجلس لأنه ليس محدوداً بوقت معيّن وإنما علّق على افتراقهما ويختلف أمده باختلاف طول مجلس العقد وقصره فربما يكون ساعة وأُخرى أقل أو أكثر منها وثالثة يطول إلى شهر أو سنة كما إذا كانا محبوسين معاً ، وكذا خيار العيب والغبن وخيار تخلّف الشرط أو الرؤية أو التأخير إذ لا تعيين في وقتها ، وكيف كان لا يمكننا التعدّي عن خياري الحيوان والشرط بوجه .

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب٥ ح٢ ، وص١٩ ب٨ ح٢ .

(٢) المصدر المتقدّم آنفاً .

هذا كلّه بناءً على أنّ ثبوت الخيار في الخيارات المذكورة إنما هو من زمان العقد وأنّ الظهور لا مدخلية له في ثبوت الخيار ، نعم هو شرط لاعماله لأنّه ما لم يظهر له العيب أو الغبن أو تخلّف الشرط لا يتمكّن من إعماله على ما قوّيناه سابقاً وقد عرفت أنه لا يمكن التعدّي عن الخيارين إلى غيرهما بوجه ، ودعوى أنّ المناط فيهما هو تزلزل ملك المشتري وكون العقد جائزاً وهو موجود في سائر الخيارات أيضاً ، مندفعة بأنه أشبه شيء بالقياس وتعدٍّ عن مورد الحكم بالظن ، فإنّ الملك في الخيارين وإن كان جائزاً إلّا أنّ القاعدة إنما ثبتت في الملك الجائز بهذين الخيارين لا في مطلق الملك الجائز .

وأمّا إذا بنينا على أنّ الخيار في سائر الخيارات إنما يثبت بعد ظهور العيب أو الغبن أو تخلّف الشرط ، فالتعدّي عنهما إليها أشكل ، وذلك لاختصاص قوله (عليه السلام) « حتى يصير المبيع للمشتري »[1] بما إذا كان الملك متزلزلاً من الابتداء ، وفي مثله ما دام لم يصر لازماً لا يكون الضمان على المشتري ، وأمّا إذا كان الملك عند حدوثه لازماً وكان المبيع للمشتري ثمّ عرض عليه الجواز بظهور أحد الأُمور المتقدّمة فلم يدلّ على جريان القاعدة فيه دليل فهي مختصة بالخيارين ولو كان ذلك على خلاف الشهرة على ما ادّعاه في الرياض ، هذه هي الجهة الأُولى من الكلام .

الجهة الثانية : أنّ الكلام إلى هنا إنما كان في كون ضمان المبيع على البائع فيما إذا تلف في يد المشتري في زمان خياره وقد عرفت انحصار القاعدة بخياري الحيوان والشرط وعدم جريانها في غيرهما ، فهل تختص القاعدة بضمان البائع أو أنها تعمّه والمشتري فيما إذا كان الخيار للبائع مع تلف المبيع فهل يحكم بضمان المشتري للمبيع حينئذ لأنه ممّن لا خيار له ، أو أنّ ضمانه على البائع والقاعدة لا تجري حينئذ ؟

---

(١) الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

للمسألة صورتان : إحداهما ما إذا تلف المبيع بعد قبضه من المشتري في يده . وثانيتهما : ما إذا تلف قبل قبضه منه في يد البائع .

أمّا الصورة الأُولى : أعني تلفه بعد قبضه في يد المشتري فالظاهر أنّه لا ثمرة في جريان القاعدة فيه وعدمه ، فإنّ ضمانه على المشتري حينئذ مطلقاً قلنا بجريان القاعدة أم لم نقل ، وذلك لأنّه مالك للمال وقد تلف في يده وضمان المالك لماله على طبق القاعدة ولا نحتاج فيه إلى جريان قاعدة ضمان المال على من لا خيار في حقّه وإنّما نحتاج إليها فيما إذا كان ضمان المشتري على خلاف القاعدة وقد عرفت أنه على القاعدة ، فلا أثر لجريان القاعدة المذكورة في هذه الصورة وإنما يرتّب عليها الأثر في الصورة الثانية كما سيأتي .

وأمّا الصورة الثانية : وهي تلفه في يد البائع قبل قبضه من المشتري ، فإن قلنا بعمومية القاعدة وجريانها في حق المشتري أيضاً ، فمقتضاها أنّ المشتري ضامن للمبيع لأنه تلف في زمان خيار البائع ، كما إذا خصّصناها بالبائع ومنعنا عن جريانها في حق المشتري يكون البائع هو الضامن لقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »(١).

والصحيح أنّ القاعدة لا تجري في حق المشتري وهي تختص بضمان البائع والوجه في ذلك : أنّ الأخبار الدالّة على هذه القاعدة ظاهرة كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في أنّ ضمان من ليس له الخيار إنما هو الضمان الموجود قبل قبض المبيع الثابت بقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » وأنّ هذا الضمان باقٍ ومستمر بعد قبضه أيضاً ، غاية الأمر بعلّة أُخرى وهي كون التلف في زمان خيار المشتري ، فهذا الضمان ليس ضماناً جديداً وإنّما هو الضمان السابق قبل

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب ٩ ح ١ .

القبض وعلّته حينئذ قاعدة « كل مبيع تلف » الخ وعلّته بعد القبض كون التلف في زمان خيار المشتري ، وعليه فلا يمكننا التعدّي إلى ضمان المشتري ، إذ لو حكمنا بضمانه حينئذ بتلك القاعدة لكان هذا ضماناً جديداً ، وتخصيصاً لقاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » لأنّ المشتري لم يكن ضامناً للمال قبل إقباض البائع حتى يكون ضمانه بعد القبض استمراراً للضمان السابق ، وإنما الضمان قبل القبض كان على البائع ، فالأخبار لا دلالة لها على ضمان المشتري بوجه ، وإثباتها في طرف المشتري يحتاج إلى دليل لأنّها على خلاف القاعدة فإنّ معناها انفساخ العقد بتلف المبيع[1] قبل قبضه ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع ، وانفساخ العقد بنفسه أمر على خلاف القاعدة يحتاج إلى دليل ولم يثبت إلّا فيما إذا تلف المبيع في يد المشتري في زمان خياره ، فإنّ العقد ينفسخ حينئذ ويكون تلف المبيع في ملك البائع فيضمنه ، وهذا ظاهر .

والمتحصّل : أنّ المبيع إذا تلف في يد البائع قبل قبضه وكان له الخيار دون المشتري كما إذا ثبت له خيار التأخير (أي خيار تأخير الثمن) لا يحكم بضمان المشتري بل يكون ضمانه على البائع من دون أن يرد تخصيص على قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » .

الجهة الثالثة : هل القاعدة تختصّ بتلف المبيع أو أنها تجري في تلف الثمن أيضاً في يد البائع فيما إذا كان الخيار للبائع دون المشتري ، فيحكم بتلك القاعدة بضمان المشتري لأنه تلف في زمان خيار البائع ، أو أنّ ضمانه على مالكه الفعلي أعني

---

(١) ولا يخفى أنّ مقتضى الانفساخ رجوع كلّ من العوضين إلى مالكهما ، وحينئذ إذا تلف يتلف في ملك مالكها ، ولازم ذلك أن يكون المبيع تالفاً في ملك البائع ويكون ضمانه عليه وهو خلاف المقصود ، لأنّا بصدد إثبات الضمان على المشتري والانفساخ في المقام لا يقتضي ذلك .

البائع ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّ التعدّي عن المبيع إلى تلف الثمن غير بعيد . وقرّبه شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] وذكر أنّ دعوى القطع بعدم خصوصية في تلف المبيع غير مجازفة .

والصحيح أنّ القاعدة تختص بتلف المبيع ولا تجري في تلف الثمن بوجه والوجه في ذلك أنّ الوجوه الموجبة للتعدّي كما قدّمناها[٣] ثلاثة :

الأول : دعوى الاجماع على التعدّي ، وهي مفقودة في المقام إذ لم يدّع الاجماع ولا عدم الخلاف ولا الشهرة على جريانها في تلف الثمن أحد من الأصحاب .

الثاني : استصحاب الضمان الثابت قبل القبض كما عرفته سابقاً ، وتقريب الاستصحاب في المقام هو أنّ المشتري قبل تسليمه الثمن إلى البائع كان ضامناً له كما أنّ البائع قبل إقباضه المبيع ضامن له ، وذلك لما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى أنّ ضمان كل منهما لماليهما قبل التسليم مورد الوفاق بين الأصحاب ولا يختص الضمان قبل القبض بالبائع ، وإذا شككنا بعد تسليم الثمن إلى البائع في بقاء ضمان المشتري له وارتفاعه فنستصحب الضمان .

ويرد على هذا الاستصحاب : ما أوردناه عليه سابقاً من المناقشات الأربع فراجع ، فالاستصحاب ساقط .

ويبقى الكلام في أنّ الاستصحاب في بقاء ضمان المشتري وضمان البائع هل هو

---

(١) المكاسب ٦ : ١٧٨ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٣٥ .

(٣) في ص٢١٢ .

تعليقي أو أنه تنجيزي فإنّ شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) ادّعى أنّ الاستصحابين تنجيزيان ، والظاهر أنّ كونه تنجيزياً أو تعليقياً يختلف باختلاف معنى الضمان في المقام ، فإن كان ضمان البائع أو المشتري بمعنى كون المال على عهدتهما بحيث يجب عليهما الخروج عن عهدته عند تلفه بأداء مثله أو قيمته كما هو معناه في موارد عديدة كما في مورد التفريط أو الافراط في الوديعة وكما في مورد الغصب فإنّ الغاصب أو المتعدّي ضامن للمال بهذا المعنى أي بمعنى أنّ المال في عهدته وعليه ردّ مثله أو قيمته على تقدير تلفه ، فعليه فالاستصحاب تنجيزي لأنّ المال قبل الاقباض كان في عهدته كما هو معنى الضمان وليس معلّقاً على التلف ونحوه ، نعم من أحكام ذلك الضمان أنه لو تلف عنده يجب عليه ردّ مثله أو قيمته وليس هو معنى الضمان وإنّما هو أثره ، وأمّا معناه فهو كونه في عهدته وهو في عهدته قبل تلفه أيضاً ولعلّه ظاهر ولكن الضمان في المقام ليس بهذا المعنى لأنّ المبيع قبل تلفه ليس على عهدة البائع وإنما هو على عهدة مالكه الذي هو المشتري وكذا الحال في طرف الثمن .

بل الظاهر أنّ الضمان في المقام بمعنى انفساخ العقد ورجوع كل من العوضين إلى مالكهما وتلفهما في ملكهما كما صرّح به شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) وهذا المعنى من الضمان لم يكن ثابتاً قبل الاقباض فإنه معلّق على التلف ، إذ المبيع إذا تلف تنفسخ به المعاملة لا قبل تلفه ، وعليه فالاستصحابان تعليقيان وقد أنكرنا الاستصحاب التعليقي في محلّه[1] كما أنكره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[2] والعجب أنّه (قدّس سرّه) صرّح بما ذكرناه في معنى الضمان ومع ذلك ذهب إلى أنّ الاستصحاب تنجيزي .

وبالجملة : أنّ الاستصحابين مضافاً إلى ما يتوجّه عليهما من المناقشات

(١) مصباح الأُصول ٣ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٨) : ١٦١ .

(٢) أجود التقريرات ٤ : ١١٩ .

الأربع تعليقيان فالاستصحاب لا يوجب التعدّي .

الثالث : الاستفادة من الأخبار(١). ولا يخفى أنّ جميع الأخبار الواردة في المقام مشتملة على ضمان البائع وموردها هو فرض تلف المبيع عند المشتري فقط والتعدّي عنه إلى تلف الثمن عند البائع يحتاج إلى دليل لأنّه على خلاف القاعدة كما مرّ ، بل التعدّي عن المبيع إلى الثمن أفضح من التعدّي عن خياري الحيوان والشرط إلى سائر الخيارات ، لأنّا لو تعدّينا عنهما إلى سائر الخيارات أيضاً نكتفي فيها بضمان البائع فيما إذا تلف المبيع عند المشتري ولا نتعدّى عنه إلى صورة تلف الثمن عند البائع ، فالتعدّي إليه مبني على الاستحسان والظن بأنّ المناط في ضمان البائع هو تزلزل العقد وهو متحقّق في طرف الثمن أيضاً .

فالصحيح أنّ القاعدة مختصة بضمان البائع فيما إذا تلف المبيع عند المشتري في زمان خياره ، وعليه فإذا تلف الثمن عند البائع في زمان خياره فلا نحكم بانفساخ المعاملة وضمان المشتري ، كما إذا تلف الثمن عند البائع في بيع الخيار المشروط بردّ مثل الثمن ، بل المعاملة باقية على حالها وتلف الثمن على مالكه الفعلي وهو البائع .

الجهة الرابعة : أنّ ضمان البائع للمبيع هل هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه أو أنه بمعنى دفع المثل أو القيمة ؟

ذهب المشهور إلى الأول وأنّ ضمان البائع فيما إذ تلف المبيع في زمان خيار المشتري هو ضمانه فيما إذا تلف قبل قبضه وهو فيه بمعنى الانفساخ كما هو ظاهر الرواية فإنّها تقتضي بقاء ضمان البائع قبل القبض إلى انقضاء خيار المشتري وأنّه ضامن له بعد القبض أيضاً . وخالفهم في ذلك الشهيد (قدّس سرّه)(٢) فذهب إلى

---

(١) تقدّمت في ص٢١٢ .

(٢) الدروس ٣ : ٢٧١ .

الثاني .

والصحيح ما ذهب إليه المشهور ، وذلك من جهة أنّ الأخبار الواردة في تلك القاعدة لم تتعرّض لمبدأ الضمان وأنّ ضمان البائع من أي زمان ، نعم اشتملت الروايات على منتهاه وهو انقضاء شرطه أياماً معدودة في خياري الحيوان والشرط ، وأمّا مبدؤه فهي ساكتة عنه ، ولازم ذلك أن يكون البائع ضامناً للمبيع من حين العقد والمعاملة ، إذ تعيين أنّ مبدأه بعد القبض يحتاج إلى دليل ، فظاهرها أنّ المبيع في عهدة بائعه من حين العقد إلى انقضاء الشرط أياماً معدودة وهو ضمان مستمر ، ومن الظاهر أنّ الضمان قبل قبضه بمعنى الانفساخ وهو بهذا المعنى مستمر إلى انقضاء الشرط فيكون الضمان بعد القبض أيضاً بهذا المعنى أي بمعنى الانفساخ لأنّه ضمان واحد مستمر .

ودعوى أنّ الضمان بعد القبض مغاير للضمان قبل القبض وأنّه بمعنى دفع المثل أو القيمة على تقدير تلفه أو مطلقاً ، يحتاج إلى دليل .

وأمّا الأخبار فقد عرفت أنّ ظاهرها أنّ المبيع على عهدة البائع من حين العقد إلى انقضاء زمان الشرط وهو ضمان واحد مستمر ، ومعناه الانفساخ لأنّ البائع لا يجب عليه دفع مثله أو قيمته للمشتري قبل قبضه ، هذا كلّه أوّلاً .

على أنّ هناك وجهاً آخر وهو أيضاً يقتضي ما ذهب إليه المشهور ولو مع الاغماض عن الوجه السابق وحاصله : أنّ الأخبار قد اشتملت على أنّ تلف المبيع في زمان الخيار من بائعه ، ومن الظاهر أنّ كون التلف من بائعه مع كونه ملكاً للمشتري لا يستقيم إلّا بأن يكون التلف موجباً لانفساخ العقد ورجوع المبيع إلى بائعه حتى يكون تلفه منه ، وعليه فيكون معنى الضمان هو الانفساخ لا محالة ، ولا وجه لما ادّعاه الشهيد من كونه بمعنى دفع المثل أو القيمة على تقدير تلفه أو مطلقاً كما مرّ .

الجهة الخامسة : أنّ القاعدة سواء خصّصناها بتلف المبيع أو عمّمناها لتلف الثمن أيضاً وقيّدناها بخياري الحيوان والشرط أم أطلقناها من جهة سائر الخيارات فهل تختص بالمبيع الشخصي أو أنها تجري في المبيع الكلّي أيضاً ؟

والتحقيق أنها مختصة بالشخصي ولا تجري في المبيع الكلّي ، فإذا باع مبيعاً كلّياً ثمّ دفع فرداً منه إلى المشتري وتلف الفرد عنده في زمان الخيار فلا يكون ضمانه على البائع وذلك لوجهين :

أحدهما : أنّ الأخبار إنما أثبتت الضمان على البائع على تقدير تلف المبيع كما هو صريحها والتلف في الكلّي غير متصوّر .

ودعوى أنّ الفرد بعد دفعه إلى المشتري يكون هو المبيع والمفروض أنه تلف فيصدق أنّ المبيع تلف ، مدفوعة بما ذكرناه في تعلّق الأحكام بالطبائع من أنّ الواجب هو الطبيعي واتيان فرد منه في مقام الامتثال لا يوجب أن يكون الفرد هو الواجب فإنه فرد من الواجب لا نفسه والواجب هو الطبيعي ، وكذلك نقول في المقام فإنّ المبيع هو الكلّي دون الفرد فإنه فرد المبيع لا نفسه والتلف في الكلّي غير متصوّر كما مرّ .

وثانيهما : ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] من أنّ معنى الضمان كما عرفته هو انفساخ المعاملة فلو قلنا بجريان القاعدة في الكلّي فلازمه أن يكون البيع في الفرد منفسخاً ، وأمّا بيع الكلّي فلا وجه للانفساخ . وبعبارة أُخرى : أنّ الضمان بمعنى الانفساخ لا يأتي في البيع الكلّي ، وجريانه فيه بمعنى آخر أمر ممكن إلّا أنه يحتاج إلى دليل .

الجهة السادسة : إذا تلف جزء من أجزاء المبيع أو وصف من أوصافه

---

(١) المكاسب ٦ : ١٨٢ ـ ١٨٣ .

ـ وصف صحة كان أم كمال ـ ولم يتلف بنفسه فهل يكون ضمانه على البائع فيما إذا تلف في زمان خيار المشتري أو لا ؟ وعلى تقدير كون البائع ضامناً له فما معنى الضمان فيه فهل هو بمعنى انفساخ العقد أو بمعنى آخر ؟

أمّا أصل ضمان البائع لتلف الأجزاء أو الأوصاف فهو ممّا لا كلام فيه لصريح بعض الأخبار فيه ، وذلك لقوله (عليه السلام)(١) وكذلك إذا حدث فيه حدث بعد حكمه بأنّ تلف المبيع من بائعه ، والحدث ظاهر في طروّ نقص أو عيب بتلف بعض أجزائه أو أوصافه .

وأمّا معنى ضمان الجزء التالف أو الوصف التالف فقد فسّره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)(٢) في الجزء بالانفساخ والتزم بانفساخ المعاملة في الجزء التالف ولم يلتزم به في الوصف .

والصحيح أنّ معنى ضمانهما هو فرض حصول النقص قبل القبض بيان ذلك : أنّ البائع ضامن للمبيع ولأجزائه وأوصافه قبل إقباضه بمعنى أنه بأوصافه وأجزائه في عهدة البائع ، ولابدّ له من أن يخرج عن عهدته ، ومعنى كون أجزاء المبيع وأوصافه في عهدته قبل القبض هو فرض وقوع النقص فيهما قبل البيع ، ومن الظاهر أنّ النقص لو كان حادثاً قبل المعاملة ثم باعه البائع بوصف الصحة والتمام يثبت للمشتري الخيار بين الردّ والامضاء بل والأرش فيما إذا كان المفقود وصف الصحة لا أنّ البيع ينفسخ في الفاقد ، لما ذكرنا من أنّ الأوصاف لا تقابل بالمال ، فمعنى كونهما في عهدته أنّ البائع لابدّ من أن يسلّمهما إلى المشتري فإذا لم يسلّمهما إليه فيثبت له الخيار كما مرّ .

---

(١) ورد مضمونه في الوسائل ١٨ : ١٤ / أبواب الخيار ب ٥ ح ٢ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٤٣ .

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه في معنى الضمان لا يستلزم استعمال الضمان في أكثر من معنى واحد فإنّ الضمان بمعنى واحد وهو كون المال في عهدته ولازمه عند تلف المبيع الانفساخ وعند تلف الأجزاء والأوصاف الخيار.

الجهة السابعة: أنّ القاعدة سواء عمّمناها لجميع الخيارات والثمن أم خصّصناها بخياري الحيوان والشرط والمبيع تختص بصورة التلف، والمقدار المتيقّن من التلف التلف السماوي ويلحقه إتلاف الحيوانات أو غيرها ممّا لا شعور له، فهل يشمل التلف الاتلاف من الفاعل المختار أيضاً أو لا يشمله؟

الظاهر هو الثاني، وذلك لأنّ المتلف إمّا أن يكون من له الخيار كالمشتري وإمّا أن يكون هو من عليه الخيار كالبائع وإمّا أن يكون شخصاً أجنبياً.

أمّا إتلاف من له الخيار فالأخبار لا تشمله قطعاً، فإنّ لازم شمولها لاتلافه بطلان المعاملة فيما إذا اشترى أحد دجاجة أو حيواناً فأتلفه بذبحه ونحوه، لأنّ الانفساخ هو معنى الضمان وهذا مقطوع العدم، بل يكون اتلافه في مورد التفاته إلى خياره إسقاطاً للخيار ولا يجتمع الاتلاف مع الخيار.

وأمّا إتلاف من عليه الخيار أي البائع فهو أيضاً خارج عن الأخبار لأنّها اشتملت على السؤال عن الضامن بقوله «على من يكون ضمانه» ومن الظاهر أنّ المتلف لو كان هو البائع لم يكن وجه للسؤال عن الضامن، لبداهة أنّ البائع قد أتلف مال الغير أعني المشتري فلا محالة يضمنه فما معنى السؤال عن الضامن.

ومن ذلك يظهر أنّ إتلاف الأجنبي أيضاً خارج عن الأخبار لعين ما ذكرناه في خروج إتلاف البائع، وذلك فإنّ الأجنبي إذا أتلف مال المشتري فلا محالة يضمنه، ومعه فلا وجه للسؤال عمّن يضمنه، فالأخبار منصرفة عن الاتلاف وتختصّ بالتلف ويبقى الاتلاف تحت مقتضى القاعدة.

والمتلخّص من جميع ما ذكرناه: أنّ الاتلاف من المشتري أو البائع أو

الأجنبي لا يكون موجباً للانفساخ ، نعم ربما يكون إتلاف المشتري أعني من له الخيار إسقاطاً لخيار نفسه كما إذا صدر عن عمد وعلم ، وأمّا إتلاف من عليه الخيار أو الأجنبي فهما لا يوجبان سقوط خيار من له الخيار لعدم توقّف الخيار على بقاء المبيع وبعد إتلافهما أيضاً يتخيّر بين فسخ العقد وإمضائه ، فإذا أمضاه يرجع إلى المتلف بقيمة المبيع كان المتلف هو البائع أم الأجنبي ، كما أنه إذا فسخ يرجع إلى البائع بثمنه ، وهذا كلّه ممّا لا إشكال فيه .

نعم هنا مسألة أُخرى أدرجها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في المقام ونقل فيها وجوهاً ثلاثة وربما يوهم كلامه أنها راجعة إلى المسألة المتقدّمة مع أنها راجعة إلى مسألة أُخرى كما عرفت : وهي أنه إذا أتلف الأجنبي ملك المشتري أعني المبيع وبعده فسخ المشتري المعاملة ورجع إلى البائع بثمنه أو بدله كما هو مقتضى قانون الفسخ ، فالبائع يطالب المبيع من أي شخص فهل يطالب به المشتري أو يرجع به إلى المتلف أو أنه يتخيّر بينهما ؟ فيه وجوه ثلاثة .

وقد وجّه شيخنا الأُستاذ[2] كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّهما) بوجه آخر : وهو أنه إذا تلف الثمن عند البائع باتلاف أجنبي وفسخ المشتري المعاملة فهل يرجع إلى البائع ببدل ثمنه أو إلى الأجنبي .

وما وجّه به كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وإن كان مشتركاً مع ما حملنا كلامه عليه بحسب الحكم إلّا أنه توجيه بعيد وخارج عن محطّ كلام الشيخ (قدّس سرّه) لأنه إنما يتكلّم في أحكام تلف المبيع دون الثمن ، بل صريح كلامه أنّ نظره إلى تلف المبيع حيث ذكر أنّ تلفه يوجب الانفساخ ثم تكلّم في حكم إتلافه وأنّ المتلف

---

(١) المكاسب ٦ : ١٨٥ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٤٥ .

للمبيع إذا كان أجنبياً وقد فسخ المشتري بعد إتلافه ورجع إلى البائع بثمنه فهل يرجع البائع إلى المشتري بالمبيع أو يطالبه من المتلف وقد نقل فيه وجوهاً ثلاثة :

أحدها : أنه يرجع إلى المتلف وذلك لوجهين : الأول : أنّ بدل العين التالفة في ذمّة المتلف وهو قائم مقام العين في جميع الأحكام التي منها دخوله في ملك البائع بعد الفسخ فيرجع البائع على المتلف . والثاني : أنّ الفسخ موجب لرجوع العين التالفة إلى ملك البائع وهي في ضمان المتلف فيجب الرجوع عليه كما لو كانت موجودة عنده .

ثانيهما : أنه يرجع إلى المشتري ، لأنّ قضية الفسخ دخول الثمن في ملك المشتري وخروج المثمن أو بدله من ملكه إلى ملك البائع ، فيكون هو مشغول الذمّة بالبدل للبائع ويرجع البائع عليه .

وأمّا المتلف فهو ضامن للبدل للمشتري فلا يكون ضامناً له للبائع أيضاً .

وقوّى هذا الوجه ، وردّ الدليل الأول للوجه الأول بأنّ البدل ليس بمنزلة العين في جميع الأحكام كي يقال إنّ العين لو كانت موجودة في يد الأجنبي ولم يتلفها كان البائع يرجع بها إليه بعد الفسخ فكذلك بدلها يرجع به إليه . بل هو بمنزلة العين في حكم التلف فقط وهو وجوب دفعه إلى مالك العين .

وردّ الدليل الثاني بأنّ الفسخ وإن كان يوجب رجوع العين التالفة إلى ملك البائع ولكنّها موصوفة بأنها مضمونة على متلفها وهو الأجنبي لمالكها وهو المشتري بالبدل ، وتلفها بهذا الوصف يكون على المشتري لا المتلف .

ثالثها : أنه مخيّر في الرجوع إلى المتلف لاستقرار بدل ماله على ذمته والرجوع إلى المشتري لأنه كان مالكاً للمبيع حين تلفه .

وهذا الوجه قد ضعّفه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بقوله : وهو أضعف الوجوه ، لما قدّمناه في تقريب الوجه الثاني .

ولكن الصحيح هو هذا الوجه وأنه مخيّر بين أن يرجع إلى المشتري أو يرجع إلى المتلف، والوجه في ذلك: أنّ التالف وإن كان ملكاً للمشتري والبدل أيضاً ينتقل إليه وهو ملكه، إلّا أنّ ذلك فيما إذا لم يفسخ المعاملة، وأمّا إذا فسخها بعد إتلاف الأجنبي فالتالف خرج عن ملكه بقاءً ودخل في ملك البائع في عالم الاعتبار كما هو معنى الفسخ، نعم كان التالف ملكاً للمشتري بحسب الحدوث وبالفسخ يدخل في ملك البائع بقاءً، وعليه فللبائع مطالبة المتلف ببدل ماله لاشتغال ذمّته به، كما أنّ له مطالبة المشتري به بقانون «على اليد ما أخذت»[1].

ولا يقاس ما نحن فيه بما إذا خرج المبيع عن قابلية الرجوع إلى بائعه ثم فسخ المشتري كما إذا باعه المشتري من ثالث ثم فسخ المعاملة الاُولى بخياره من حيث إنّ البائع ليس له أن يقول المبيع قد دخل في ملكي بحسب البقاء فاُطالب به المشتري من المشتري، وكذلك في المقام فإنه ليس له مطالبة المتلف بماله بدعوى أنه دخل في ملكي بقاءً، والوجه في عدم القياس ظاهر وهو أنّ المبيع خرج عن قابلية الرجوع إلى بائعه في المثال، وهذا بخلاف المقام فإنّه لا مانع من اعتبار التالف ملكاً للبائع بحسب البقاء، فلو قيس ينبغي قياس المقام بما إذا غصب المبيع غاصب من المشتري ثم تلف عنده وحينئذ يتمكّن البائع بعد فسخ المشتري من مطالبة الغاصب لصيرورة التالف ملكاً له بقاء، ومطالبة المشتري بقاعدة على اليد على فرق بين مطالبة المتلف ومطالبة المشتري فإنه عند مطالبة المتلف لا يتمكّن المتلف من المراجعة إلى المشتري فإنه هو المتلف للمال فلابدّ من أن يخسر، وأمّا إذا رجع إلى المشتري فالمشتري يرجع إلى المتلف، وذلك لأنه بدفعه بدل المبيع إلى البائع أدخل التالف في ملكه بعد ما أخرجه عن ملكه بالفسخ، فإذا صار ملكه فيطالب المتلف ببدل ملكه الذي

---

(١) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب١ ح١٢.

أتلفه ، هذا كلّه .

والانصاف أنّ كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام لا تخلو عن اضطراب وقد اشتملت في عدّة موارد على كلمة الفاسخ ، والصحيح كلمة المفسوخ عليه فليصحّح .

الكلام في عدم وجوب التسليم على ذي الخيار

ذكروا أنّ من جملة أحكام الخيار : أنّ من له الخيار لا يجب عليه تسليم الثمن مثلاً إلى البائع ولو مع مطالبته ، كما أنّ من عليه الخيار لا يجب عليه تسليم المبيع قبل تسليم المشتري الثمن ولكن إذا تسلّمه ذو الخيار يجب عليه أي على من عليه الخيار تسليم عوضه إليه ، بخلاف العكس فإنّ من عليه الخيار إذا سلّم العوض إلى من له الخيار فلا يجب عليه تسليم عوضه إلى من عليه الخيار .

أمّا ما ذكروه من عدم وجوب التسليم على كل واحد منهما قبل تسليم الآخر ، فالوجه فيه على ما ذكروه هو الشرط الضمني فكأنّ كل واحد منهما اشترط على الآخر تسليمه عند تسليمه وأنه لا يسلّمه فيما إذا لم يسلّم الطرف ، وهو ظاهر .

إنّما الكلام في مدرك عدم وجوب التسليم على من له الخيار مع تسليم من عليه الخيار ، بناءً على ما استقرّ عليه رأي المتأخرين من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار ، وأمّا بناءً على ما سلكه الشيخ الطوسي (قدّس سرّه) أي نسب إليه من توقّف الملك على انقضاء الخيار ، فما ذكروه في المقام ظاهر وعلى طبق القاعدة ، فإنّ البائع لم يملك الثمن في زمان الخيار حتى يستحق المطالبة من المشتري ويجب عليه تسليمه فإنه بعد ملك للمشتري ، وكيف كان فعلى رأي غير الشيخ (قدّس سرّه) فقد

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] أنّي لم أقف على مدرك ذلك وأنّهم لماذا أفتوا بعدم وجوب التسليم على من له الخيار بعد تسليم من عليه الخيار وأنه بأي دليل صار من أحكام الخيار وقد تعجّب من ذلك شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه)[٢] قائلاً إنّ الوجه في ذلك ظاهر وكيف لم يقف عليه شيخنا الأنصاري وهو أنّ وجوب التسليم والتسلّم من لوازم وجوب الوفاء بالعقد، والمفروض أنّ أدلّة وجوب الوفاء خصّصت بأدلّة الخيار في مدلولها المطابقي، والتخصيص في مدلولها المطابقي يلازم التخصيص في مدلولها الالتزامي، ولا يمكن تخصيصها في الدلالة المطابقية وبقاء المدلول الالتزامي على حاله، وبالجملة الوجه في عدم وجوب التسليم على من له الخيار هو عدم وجوب الوفاء عليه بالعقد، هذا.

ولا يخفى أنه لا يمكن المساعدة على ما أفاده (قدّس سرّه) والوجه في ذلك: هو أنّ هناك أمرين: أحدهما لزوم المعاملة ولصوقها بالمتعاملين. وثانيهما: ملكية الثمن للبائع والمثمن للمشتري، وقد ورد التخصيص على الأول وأخرج المعاملة عن اللزوم واللصوق وصيّرها جائزة، وأمّا ملكية الثمن للبائع والمثمن للمشتري فلم يرد عليه تخصيص، وعليه فالثمن ملك للبائع الذي عليه الخيار فكيف يسوغ للمشتري التصرف في ملك الغير وكيف لم تثبت السلطنة للبائع على ملكه وبأيّ مرخّص منع المشتري مالك الثمن عن التصرف فيه، كل ذلك يحتاج إلى مخصّص وهو مفقود.

وكون الملكية جائزة أو لازمة لا يوجب الفرق في الأحكام المذكورة، نعم في الملك الجائز يتمكّن من له الخيار من رفع موضوع ملكية البائع مثلاً وإخراج الثمن

(١) المكاسب ٦ : ١٨٨.

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٤٧.

عن ملكه إلى ملكه، وأمّا قبل رفع موضوع الملكية فيجب عليه أن يرتّب آثار ملك الغير عليه، ومجرد أنّ اختيار الموضوع بيده لا يرخّص في عدم ترتّب آثاره ونظائر ذلك كثيرة منها: أنّ المسافر مثلاً يتمكّن من أن ينوي الاقامة في مكان ويتمّ الصلاة، وهل له إتمام الصلاة قبل أن يقصد الاقامة بدعوى أنه متمكّن من قصدها ومن رفع موضوع وجوب القصر ولعلّه ظاهر. وعليه فلا دليل على عدم وجوب التسليم على من له الخيار.

ويحتمل أن يكون نظرهم من عدم وجوب التسليم على من له الخيار عند مطالبة من عليه الخيار إلى عدم تعيّن التسليم عليه بفسخ العقد لأنه بيده كما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وأمّا مع عدم الفسخ فلا محالة يجب عليه التسليم كما مرّ.

وأغرب ممّا أفاده شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) ما ذكره بعضهم[١] من أنّ أدلّة سلطنة الناس على أموالهم منصرفة عن مثل المقام ممّا يكون فيه الطرف متمكّناً من الفسخ ورفع موضوع الملكية. ولم يظهر لنا وجه الانصراف وأنّ الأدلّة لماذا انصرفت عن المقام.

القول في عدم سقوط الخيار بتلف العين

هل تلف العين يوجب سقوط الخيار أو لا؟

وموضوع الكلام في هذه المسألة ما إذا لم يكن تلف العين موجباً لانفساخ العقد كما إذا تلفت في زمان الخيار أو قبل القبض ونحوهما، إذ مع انفساخ العقد لا

---

(١) ذكره المرحوم الشهيدي في حواشيه على المتن فراجعه، وما حرّرناه في المسألة المتقدّمة موجود فيه أيضاً.

يبقى للخيار موضوع .

كما أنّ الكلام في المقام يختص بغير الخيار المجعول للمتبايعين المقيّد بردّ العين فإنّهما إذا جعلا لنفسهما الخيار لأجل ردّ العين عند الفسخ فلا يبقى للخيار موضوع بعد تلف العين ، إذ المفروض أنّ الخيار بحسب الجعل والاشتراط مختص بما إذا أمكن ردّ العين ومع تلفها لا مقتضي له كما هو ظاهر ، ومن هنا ذهب بعضهم إلى ارتفاع الخيار في بيع الخيار المشروط برد مثل الثمن عند تلف العين فإنّهما اشترطا ردّ العين عند ردّ مثل الثمن وإذا تلفت العين فلا عين حتى ترد ويسقط الخيار لا محالة ولا كلام لنا فيه على تقدير كون اشتراطهما كذلك .

ومن هذا القبيل ما إذا كان الخيار ثابتاً بجعل شرعي ولكنّه أيضاً كان مقيّداً بتراد العين كما ذكروا ذلك في باب المعاطاة فإنّ الجواز فيها بمعنى ردّ العين ومع تلفها لا يبقى للرد مجال .

وكذا البحث مختص بما إذا لم يكن تلف العين مسقطاً تعبّدياً للخيار كما في خيار العيب لأنّ حدوث الحدث في العين يسقط الخيار بمعنى الرد والامضاء ويوجب تعيّن الأرش كما تقدّم في محلّه .

فالكلام يقع في غير تلك الموارد كما إذا باع مرابحة على أنّ رأس ماله عشرة والربح اثنان والمجموع اثنا عشر درهماً ثم ظهر أنّ البائع كذب في إخباره برأس المال وأنه كان ثمانية فيثبت للمشتري الخيار ، فهل يختص بما إذا كانت العين باقية ويرتفع بتلفها أو أنّها تلفت أم لم تتلف الخيار باقٍ على حاله ، أو إذا ثبت له خيار المجلس وقد تلفت العين قبل تفرّقهما فهل يبقى خياره أو يرتفع ، أو إذا اشترى حيواناً وفي خلال ثلاثة أيام تلف الثمن عند البائع فهل يسقط خياره أو لا ؟

وأمّا إذا تلف الحيوان في أيام الخيار فهو يوجب انفساخ المعاملة كما مرّ وهو خارج عن محل الكلام ، فمن يرى أنّ الخيار متعلّق بالعين يختار سقوطه في الموارد

المذكورة لارتفاع متعلّقه ، كما أنّ من يرى أنه متعلّق بالعقد كما تقدّم أنه ملك فسخ العقد وإمضائه وأنه كالاقالة فكما أنها تتعلّق بالعقد وتوجب ارتفاعه مع تـراضي المتبايعين ، كذلك الفسخ بالخيار يوجب ارتفاع العقد مطلقاً تراضيا معاً أم لم يرض به الآخر ، فلا محالة يلتزم ببقاء الخيار لعدم مدخلية بقاء العين في بقاء الخيار .

والصحيح هو الثاني وأنّ تلف العين لا يوجب سقوط الخيار ، والوجه في ذلك أمّا في الخيارات الثابتة بالدليل كخياري المجلس والحيوان فهو إطلاق الدليل ، لأنه (عليه السلام) قد جعل غاية جواز العقد عبارة عن الافتراق وقبله العقد جائز تلفت العين أم لم تتلف .

ومنه يظهر ضعف ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] من أنّ الخـيار المستعمل في الأخبار لم يعلم أنه بمعنى ملك فسخ العقد وامضائه ولعلّه بمعنى الترادّ المختص بصورة بقاء العين ، والوجه في ضعف ما أفاده هو أنّ الخيار في قوله (صلّى الله عليه وآله) « البيّعان بالخيار ما لم يفترقا »[٢] أو « حتى يتفرّقا »[٣] على الروايتين في مقابل اللزوم أعني قوله « فإذا افترقا وجب البيع » ومتعلّق اللزوم والخيار هو البيع والعقد ، فهو خياري أي جائز في مقابل اللازم ، فهما متعلّقان بالعقد ولا ربط لهـما ببقاء العين وترادّها ، وهذا من مثل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بعيد .

وكذا قوله (عليه السلام) « صاحب الحيوان بالخيار »[٤] لأنه مطلق يشـمل حالتي بقاء الثمن عند البائع وتلفه .

---

(١) المكاسب ٦ : ١٩٢ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٦ / أبواب الخيار ب١ ح٣ .

(٣) الوسائل ١٨ : ١١ / أبواب الخيار ب٣ ح٦ .

(٤) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب٣ ح٢ .

وأمّا في الخيارات الثابتة بالاشتراط كما في خيار العيب والغبن وتخلّف الشرط وغيرها فالوجه في عدم سقوط الخيار بالتلف هو نفس الاشتراط ، فإنّ الشارط مثلاً اشترط تساوي الثمن والقيمة السوقية ومعناه عدم الالتزام بالعقد على تقدير عدم تساويهما كانت العين باقية أم تالفة ، نعم في خيار العيب تلف العين يسقط الخيار لأجل دلالة الدليل على أنّ تلفها يوجب السقوط ، وعليه فلا وجه لسقوط خيار المشتري عند ظهور كذب البائع في الأخبار عن رأس ماله لأنه في الحقيقة أقدم على البيع بشرط عدم زيادة رأس المال عمّا أخبر به وأنه على تقدير تخلّفه لا يلتزم بالعقد والمعاملة ، فالعقد خياري تلفت العين أم كانت باقية .

والمتحصّل : أنّ تلف العين لا يوجب سقوط الخيار في غير الموارد المتقدّمة .

القول في ضمان من عليه الخيار فيما إذا فسخ ذو الخيار

إذا فسخ ذو الخيار ـ ونفرضه المشتري ـ العقد وكان الثمن عند من عليه الخيار أعني البائع فهل يكون البائع ضامناً له لأنه ملك المشتري وأنّ يده يد ضمان ولو فيما إذا لم يستند تلفه إلى تفريطه وإفراطه أو لا ضمان عليه ؟

استشكل في الضمان شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) وذهب شيخنا الاُستاذ (قدّس سرّه)(٢) إلى الضمان من جهة أنّ يد البائع على الثمن بحسب الحدوث وإن لم يكن يد ضمان لأنه كان ملكه ، إلّا أنه بعد فسخ المشتري يضمنه لأنه في يده ومقتضى عموم « على اليد ما أخذت » الخ(٣) أنّ اليد مطلقاً توجب الضمان ، وإنّما

---

(١) المكاسب ٦ : ١٩٣ .

(٢) منية الطالب ٣ : ٣٥١ .

(٣) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب١ ح١٢ .

خرجنا عنه في موارد الأمانات بدليل .

والصحيح أنّ ما أفاده ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، أمّا أولاً : فلأنّ حديث على اليد كما نبّهنا عليه في محلّه لم يرد في رواياتنا وكتب الأصحاب خالية عنه وإنما هو حديث نبوي لم تثبت صحته فهو ضعيف السند والاستناد إليه غير صحيح .

وأمّا ثانياً : فلأنّ الأخذ ظاهر في الأخذ عن غلبة وقهر وجبر كما ذكرناه في باب الضمان واستظهره شيخنا الأُستاذ (قدّس سرّه) أيضاً كما في قوله تعالى ﴿**لَا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ**﴾[(١)] أي لا يغلبه ، وهذا المعنى من الأخذ لا يصدق على يد البائع في المقام لأنه لم يأخذ الثمن جبراً وقهراً على المشتري وإنما كان عنده من جهة المعاملة ثم فسخ العقد المشتري بنفسه وهو لا يوجب صدق الأخذ عليه ، فصدق « على اليد ما أخذت » غير ظاهر في المقام .

فلابدّ من المراجعة إلى سيرة العقلاء التي هي المدار في باب الضمان ، والعقلاء لا يبنون على كون الثمن في عهدة البائع في أمثال المقام ولا يرونه ضامناً له ، وعليه فلو تلف فيذهب من كيس مالكه وهو المشتري من دون أن يكون البائع ضامناً له فلا حاجة معه إلى الاستصحاب في المقام حتى يستشكل فيه بما ناقشنا به مراراً وهو عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

---

(١) البقرة ٢ : ٢٥٥ .

القول في النقد والنسيئة

ينقسم البيع باعتبار التعجيل والتأجيل في العوضين إلى أربعة أقسام : فـإنّ العوضين ربما يكون كلاهما معجّلين ويسمّى ببيع النقد .

وأُخرى يكون كلاهما مؤجّلين وهو بيع الكالي بالكالي .

وثالثة يكون أحدهما معجّلاً والآخر مؤجّلاً ، فإن كان المعجّل هو المعوّض وكان العوض مؤجّلاً فهو بيع النسيئة ، كما إذا كان العوض معجّلاً والمعوّض مؤجّلاً فهو بيع السلف والسلم .

ثم إنّ جميع الأقسام الأربعة صحيحة إلّا القسم الثاني وهو بيع الكالي بالكالي فإنّ الاجماع قام على بطلانه ووردت روايات[1] بالنهي عنه ، ولابدّ فيه مـن أن يكون العوضان كلّيين بأن باع كلّياً في ذمّته بازاء كلّي آخر على ذمّة المشتري حتى يكون من بيع الدين بالدين غاية الأمر أنّ الدين بـالبيع والعـقد وهـو الذي قـام الاجماع على بطلانه وعبّر عنه في الأخبار ببيع الدين بالدين .

وأمّا إذا كان أحد العوضين أو كلاهما شخصياً كما إذا باع عيناً معيّنة بثمن كلّي أو معيّن واشترطا تأخير التسليم في كليهما بأن يكون المبيع كالدار المعيّنة بيد البائع إلى شهر والثمن بيد المشتري إلى شهر فالظاهر أنه صحيح ولا دليل على بطلانه لأنه

---

(١) الوسائل ١٨ : ٢٩٨ / أبواب السلف ب٨ ح٢ ، وص٣٤٧ / أبواب الدَين ب١٥ ح١ .

ليس من بيع الدين بالدين ، ومقتضى العمومات صحّته ، ولا تشمله أدلّة بطلان بيع الكالي بالكالي .

وأمّا بيع النقد فلا يختص بما إذا كان العوضان كلّيين بل كما يتحقّق فيما إذا كان العوضان كلّيين كذلك يتحقّق فيما إذا كانا شخصيين ، ولكن بيان انقسامه إلى قسمين أعني الكلّية والجزئية في العوضين خارج عن محل الكلام ، فإنّ الغرض بيان تقسيمات البيع من حيث التأجيل والتعجيل لا من حيث انقسام المبيع إلى كلّي وجزئي فإنّ لبيانه محلاً آخر .

وعليه فلا يرد على شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ما أورده بعض محشّي الكتاب[١] من أنه لا وجه لتخصيص المؤجّل بخصوص الكلّي فإنه كما يصح أن يكون كلّياً يمكن أن يكون جزئياً أيضاً .

والوجه في عدم وروده ما عرفت من أنّ بيع الكالي بالكالي أعني بيع الدين بالدين إنما يتحقّق فيما إذا كان العوضان كلّيين وفي الذمّة حتى يكون كل واحد منهما ديناً على ذمّة الآخر ، وأمّا مع شخصية أحدهما أو كلاهما فالمعاملة صحيحة وليست من بيع الدين بالدين كما مرّ .

وإذا عرفت ذلك فلابدّ من بيان أنّ اشتراط التأخير والتأجيل في بيعي السلف والنسيئة يرجع إلى أي شيء فهل هو راجع إلى ملكية المبيع في السلف وملكية الثمن في النسيئة كما احتمله بعضهم ، بأن يملك المشتري الثمن للبائع بالفعل ويملّكه البائع المبيع بعد شهر بأن يكون إنشاؤه بالفعل والمنشأ أمراً متأخراً كما في الواجبات المشروطة نظير باب الوصية فإنّ الموصي ينشئ ملكية شيء للموصى له حال حياته ولكن المنشأ والملكية يتحقّق بعد موته وهو أمر متأخر .

---

(١) حاشية المكاسب (الايرواني) ٣ : ٣٥٦ .

أو أنّ التأخير والتأجيل يرجعان إلى المملوك لا إلى الملكية بأن يملّك كل من المتعاقدين ماله من الآخر فعلاً ، فالبائع يملّك المبيع في السلف للمشتري بالفعل كما أنّ المشتري يملّكه الثمن كذلك ، إلّا أنّ المملوك في طرف المبيع هو الحنطة المقيّدة بما بعد الشهر أو بما بعد عشرة أيام ، فالتمليك من الجانبين فعلي والمملوك في المبيع معلّق على مضي مدّة معيّنة وهو أمر متأخّر كما في جميع الواجبات المعلّقة نظير الاجارة ، إذ لا مانع من أن يملّك المالك منفعة داره بالفعل من زيد مع فرض المنفعة المملوكة متأخّرة كما إذا ملّك بالاجارة فعلاً سكنى داره بعد شهر وهذا ظاهر ، والملكية أعني ملكية المنفعة فعلية ولكن المملوك متأخر .

أو أنه لا هذا ولا ذاك بل التأخير والتأجيل يرجعان إلى التسليم فقط ؟

والأوّلان باطلان والثالث متعيّن . أمّا الاحتمال الأول فلأجل أنه ـ مضافاً إلى كونه من التعليق الباطل في المعاملات إجماعاً لاشتراطهم التنجيز فيها كما مرّ غير مرّة ـ منافٍ لمقتضى المعاملة والمبادلة ، فإنّ المبادلة تقتضي دخول شيء في ملك كل واحد من المتعاقدين وخروج شيء عن ملكه في مقابل ما دخل في ملكه ، ولا معنى للمبادلة إلّا ذلك ، إذ لا يعقل المبادلة فيما إذا دخل شيء في ملك أحدهما من دون أن يخرج عوضه عن ملكه فإنه خارج عن المبادلة والمعاوضة ، وعليه فإذا فرضنا في بيع السلم أنّ المشتري ملّك البائع الثمن بالفعل ولكن البائع لم يخرج شيئاً عن ملكه إلى ملك المشتري فعلاً وإنما يدخل في ملك المشتري عوضه بعد مدّة ، فلا محالة يكون ذلك خارجاً عن المبادلة والمعاوضة ، إذ المفروض أنّ البائع دخل في ملكه الثمن من دون أن يخرج المثمن عن كيسه ، فلا يصدق عليه المعاوضة وهو ظاهر .

ومن ذلك تعرف أنّا لو التزمنا بصحة التعليق في المعاملات وفرضنا عدم قيام الاجماع على بطلانه ولم يكن خارجاً عن المتعارف عند العقلاء أيضاً لما أمكننا الالتزام بصحة الاشتراط والتعليق في المقام أعني اشتراط التأجيل في أحد العوضين

بوجه .

وتوضيحه : أنّ للأصحاب كلاماً في أنه إذا إذا باع شيئاً وعلّقه على أمر مجهول عند المتعاقدين كما إذا باعه شيئاً بشرط أن يكون اليوم جمعة وهما لا يعلمان بكون اليوم كذلك ، أو إذا باع فعلاً المبيع بعد عشرة أيام بأن يكون إنشاء التمليك فعلياً والملكية بعد المدّة المذكورة تقع المعاملة باطلة لأنه من التعليق في المعاملة وهو مبطل إجماعاً . مضافاً إلى أنّ الثاني أمر خارج عمّا تعارف عند العقلاء فلا تشمله العمومات .

فلو أغمضنا عن الاجماع المدّعى وكونها ممّا تنصرف عنه العمومات أيضاً هناك لما أمكننا الالتزام بصحّة الاشتراط في المقام فإنّه كما عرفت ينافيه مفهوم المبادلة والمعاوضة فيما نحن فيه ، بخلاف الاشتراط والتعليق في أصل المعاملة فإنه غير منافٍ للمبادلة وإنما التزمنا ببطلانهما في العقود لأجل الاجماع والانصراف في بعض الصور ولولاهما لالتزمنا بصحة التعليق والاشتراط في العقود ، وهذا بخلاف الاشتراط في المقام كما مرّ .

وأمّا الاحتمال الثاني فالتمليكان وإن كانا فعليين حينئذ ولا يرد عليه المناقشة المتقدّمة من أنه منافٍ لمقتضى المبادلة ، إلّا أنه مندفع بأنّ الجواهر والأجسام والأعيان الخارجية ممّا لا تتكثّر ولا تتعدّد بمرور الزمان عليها ، فإنّ العين الخارجية الموجودة بالفعل هي بعينها العين الموجودة بعد ساعة أو بعد يوم ، ولا تقاس الجواهر بالأعراض والمنافع فإنّ القيام أو المنفعة كسكنى الدار تتكثّران بتكثّر الزمان ومروره عليها ، فالقيام بالفعل غير القيام بعد ساعة أو بعد يوم ، كما أنّ سكنى الدار في هذه الساعة مباين لسكناها بعد ساعة ، ومن هنا لا مانع من التعليق في المنافع كما في الاجارة على ما أسمعناك آنفاً ، كما لا مانع عنه في الأعراض ، وأمّا في الجواهر والأعيان الخارجية فلا معنى للتعليق والتقدير ، فلا محصّل لتعليق المملوك

على مضي مدّة معيّنة ، وعليه فالثالث هو المتعيّن في المقام .

ومعنى السلف أنّ كلاً من الثمن والمثمن مملوكان للبائع والمشتري فعلاً حسب المبادلة والمعاملة ، إلّا أنّ البائع اشترط تأخير تسليم ملك المشتري إياه إلى شهر معيّن بعد كون مقتضى الملكية وجوب تسليمه إلى المشتري عند المطالبة فبالاشتراط يسقط عنه هذا الوجوب ويجوز له التأخير إلى زمان مضبوط ، وإذا طبّقت ما ذكرناه من الاحتمالات على السلف والسلم تتمكّن من تطبيقها على النسيئة غاية الأمر أنّ التأخير في السلف في تسليم المبيع وفي النسيئة في تسليم الثمن هذا كلّه فيما يرجع إلى متعلّق التأخير والتأجيل .

وأمّا أحكام الأقسام الأربعة فقد مرّ أنّ بيع الكالي بالكالي باطل بالاجماع والأخبار الناهية عن بيع الدين بالدين ، وأمّا الأقسام الباقية فهي صحيحة بأجمعها والكلام فعلاً في أحكام بيع النقد .

إذا أوقعا العقد وقيّداه بالنقد أو بالتأخير في الثمن فهو ، وأمّا إذا أوقعاه على نحو الاطلاق فهل الاطلاق يحمل على النقد أو أنه يقتضي النسيئة ؟

مقتضى ما قدّمناه في بيان ما يرجع إليه التأخير والتأجيل أنّ الاطلاق يقتضي التعجيل ، وذلك لما عرفت من أنّ مقتضى المعاملة وكون الثمن ملكاً للبائع والمبيع ملكاً للمشتري وجوب تسليم كل منهما إلى مالكه عند المطالبة ، وإنّما خرجنا عنه عند اشتراط التأجيل في التسليم ، فإذا لم يكن هناك اشتراط التأخير والتأجيل وكان العقد مطلقاً فمعناه أنّ التسليم غير مشروط بشيء ولازمه كون العقد معجّلاً هذا فيما إذا أوقعا العقد على نحو الاطلاق .

وأمّا إذا اشترطا في ضمنه التعجيل بأن صرّحا بدفع الثمن أو المثمن معجّلاً فيكون ذلك تأكيداً لما يقتضيه العقد بنفسه ، لما عرفت وسيتّضح أنّ العقد بنفسه يقتضي التعجيل والتأجيل يحتاج إلى بيان ، واشتراط التعجيل لا يقتضي أزيد من

ذلك ، بيانه :

أنّ الشرط أثره أمران : أحدهما وجوب الوفاء به بمقتضى قوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم »[1]. وثانيهما : ترتّب الخيار على عدمه وتخلّفه ، وهذان الأثران بنفسهما يترتّبان على العقد من دون حاجة إلى الاشتراط ، والوجه في ذلك أنّ العقلاء في معاملاتهم لا يكتفون بمجرد الاعتبارات النفسانية ككون شيء ملكاً لزيد فإنّ مجرد الملكية التي هي أمر اعتباري ممّا لا فائدة فيها وإنما تحصل الفائدة بعد التسليم والتسلّم الخارجيين ، إذ لا منفعة في مجرد الملكية الخالية عن التسليم والتسلّم ، ومن هنا لو بيع جميع ما في العالم بفلس من دون تسليمه إلى المشتري لما يرتضيه أحد من العقلاء ، فالمعاملات عند العقلاء إنما هي لأجل التسليم والتسلّم ويعبّر عنها في الفارسية بـ« داد وستد » أعني الاعطاء والأخذ الخارجيين ، وهو نعم التعبير كما عرفت ، وعليه فالبائع والمشتري يشترطان في ضمن معاملاتهم التسليم والتسلّم ، إذ لا أثر للمعاملة المجرّدة عنهما ، فالتسليم أمر اشترط في المعاملات ضمناً فيجب عليه الوفاء ، كما يلزمه الخيار على تقدير عدم الوفاء به في الخارج .

وعليه فاشتراط التعجيل في التسليم لا يكون إلّا مؤكّداً لما يقتضيه العقد بنفسه ، نعم لو كان التسليم في معاملة متوقّفاً عادة على مرور يوم أو ليلة حسب المتعارف ولم يكن يقتضي العقد إلّا تسليمه بعد يوم واشترط في مثله تعجيل التسليم إلى ساعة ، لكان الشرط تأسيسياً لا تأكيدياً ، أو قلنا إنّ عدم مطالبة المالك ماله من الآخر كاشف نوعي عن رضاه بكونه عند الآخر ، وإنّما يجب التسليم مع المطالبة لا مع السكوت ، يكون اشتراط التعجيل أيضاً تأسيسياً أي قرينة على عدم رضاه ببقاء ماله عند الآخر .

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ / أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ .

وبالجملة : إذا ترتّب على الشرط أثر لم يكن يترتّب على العقد في نفسه فلا محالة يكون تأسيسياً ، إلّا أنّ عدم المطالبة لا يكون كاشفاً عن رضا المالك ببقاء ماله عند الآخر ، والتسليم واجب على الاطلاق طالبه المالك أم لم يطالبه .

ثم إنّ لصاحب الجواهر (قدّس سرّه)[١] كلاماً في المقام : وهو أنّ الخيار للمشروط له إنما يثبت فيما إذا لم يتمكّن البائع من إجبار المشتري على الوفاء بالشرط كما هو الحال في جميع أفراد خيار تخلّف الشرط مع أنّ الأصحاب لم يقيّدوا الخيار بذلك في المقام .

وأجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] بوجهين : **أحدهما** أنّ غرض الأصحاب أنّ فوات النقد الحاصل من مضيّ زمان يتمكّن فيه المشتري من دفع الثمن يوجب الخيار للبائع ، وأمّا أنّ هذا الخيار له شروط ومنها عجزه عن إجبار المشتري فهو أمر آخر ومسألة أجنبية عن هذه المسألة وليس لهم نظر إلى بيان حكم البائع قبل فوات النقد أي قبل مضي زمان يتمكّن فيه المشتري من دفع الثمن . وبالجملة أنّ نظر الأصحاب إلى بيان ثبوت الخيار للبائع عند التخلّف وكونه مشروطاً بشروط خارج عن محطّ نظرهم .

وثانيهما : أنّ الاجبار غير معقول في المقام ولا يقاس الاجبار فيه بسائر أفراد الشروط الممكن فيها الاجبار ، وذلك لأنّ إجبار المشتري على ردّ الثمن قبل فوات النقد أي قبل مضيّ زمان يتمكّن فيه المشتري من ردّ الثمن ممّا لا مقتضي له إذ لم ينقض وقت العمل بالشرط ولم يمتنع حتى يجبر عليه ، وإجباره بعد مضي الزمان المذكور أي بعد فوات النقد ممّا لا معنى له ، إذ لا معنى لاجباره في اليوم على العمل في

(١) الجواهر ٢٣ : ٩٩ .

(٢) المكاسب ٦ : ١٩٩ .

الأمس المنقضي والمنصرم حين الاجبار ، هذا .

أمّا ما أجاب به أوّلاً فهو متين ، فإنّ نظرهم في المقام مقصور على بيان أصل الخيار ، إلّا أنّ هذا المقدار لا يرفع متانة كلام صاحب الجواهر (قدّس سرّه) فإنّه يورد عليهم بأنه لابدّ من التنبيه في المقام على أنّ هذا الخيار أيضاً مشروط بالعجز عن الاجبار وليس له خصوصية زائدة على سائر الخيارات الحاصلة من تخلّف الشرط فكلا الكلامين متين .

وأمّا ما أجاب به ثانياً فلم نفهم له معنى محصّلاً ، لأنه يأتي في جميع موارد الشروط كما إذا اشترط خياطة ثوب في ضمن معاملة فيقال إنّ زمان الخياطة إن كان مضيّقاً كأول الزوال فلا مقتضي للإجبار عليه قبل أول الزوال لعدم انصرام وقت الشرط وعدم انقضائه ، كما لا معنى للاجبار عليه بعد مضيّه ، إذ لا معنى للاجبار على العمل في زمان قد تقدّم وانصرم .

كما أنّ زمان الخياطة إذا كان موسّعاً لا يصحّ إجباره قبل انقضائه لعدم امتناع الشرط حتى يجبر عليه ، وأمّا بعد انقضائه فهو أيضاً كذلك ، إذ لا معنى للاجبار على العمل في زمان قد انقضى وتقدّم .

بل يأتي هذا الكلام في الاجبار على الواجبات الشرعية أيضاً ، فإنّ الاجبار على الصوم مثلاً أو الصلاة قبل وقتهما لا مقتضي له لعدم انقضاء وقتهما ، كما لا معنى للاجبار عليهما بعد مضي وقتهما ، إذ الاجبار على عمل في زمان قد انقضى غير معقول فلا يبقى للاجبار مورد .

والجواب عن ذلك : أنّ المشروط عليه أو المكلّف إذا علم من حاله قبل زمان العمل أنه لا يعمل بشرطه أو بواجبه فيهيّأ أسباب الاجبار قبل ذلك الزمان وعنده يجبر على العمل ، فالاجبار متصوّر في المقام أيضاً .

نعم لنا إشكال في كبرى اعتبار الاجبار قد تقدّم في محلّه(١) وملخّصه : أنّ البائع حسب الاشتراط علّق التزامه بالمعاملة على تحقّق الشرط في الخارج ومع عدمه يثبت له الخيار حسب الاشتراط من دون توقّف على عدم التمكّن من الاجبار فلا يعتبر في الخيار العجز عن الاجبار ، هذا كلّه في حكم بيع النقد .

الكلام في أحكام بيع النسيئة

يعتبر في بيع النسيئة تعيين الأجل على نحو مضبوط ، لاختلاف القيم بطول الأجل وقصره فعدم انضباطه غرري .

واستدلّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) على اعتبار التعيين في بيع النسيئة باعتبار ذلك في بيع السلف الذي هو عكس النسيئة ، فإنّ السلم إلى دياس أو حصاد غير جائز ، ولعلّه (قدّس سرّه) يدّعي العلم بالملازمة بين السلم والنسيئة وأنّ ما يعتبر في أحدهما يعتبر في الآخر أيضاً لعدم الفرق بينهما وإلّا فهما مسألتان ومعاملتان لا يمكن الاستدلال على إحداهما بما يثبت في الأُخرى ، إذ من الممكن أن يكون التأخير إلى مدّة مجهولة جائزاً في بيع السلم .

ثم إنه لا فرق في جواز اشتراط التأخير بين الطويل والقصير كيوم وشهر وسنة ، وهل يجوز اشتراط التأخير إلى ثلاث سنين ؟

المشهور أنه صحيح ، وخالفهم في ذلك الاسكافي(٣) وذهب إلى عدم جواز

---

(١) في الصفحة ٨٩ وما بعدها .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٠٠ .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥ : ١٦٥ .

التأخير إلى ثلاث سنين وقد اعتمد في ذلك على روايتين[1] لا دلالة لهما على المنع عن الاشتراط المذكور منعاً مولوياً وإنما تكفّلا لبيان مطلب عادي وعقلائي ، فإنّ السائل سأله (عليه السلام) في الروايتين عن بيع النسيئة مع أهل الجبل فإنّه أكثر منفعة من بيع النقد ، فقرّره عليه الإمام ، حتى سأل عن البيع بتأخير سنة فقال (عليه السلام) نعم ، وسنتين فأجابه (عليه السلام) كذلك ، وثلاث سنين فقال (عليه السلام) في إحداهما لا وفي ثانيهما ـ ولعلّه أظهر من الأُولى ـ لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين ، فإنّ مراده (عليه السلام) من الشيء هو المال وغرضه (عليه السلام) أنّ المدّة إذا طالت ربما لا يصل إليك رأس مالك فضلاً عن النفع لطروّ موت أو حادثة أو نسيان فلا ينبغي تكثير المدّة وتطويلها ، وهذا مطلب عقلائي وهو دارج عندهم ، وليس (عليه السلام) في مقام المنع المولوي ، فما ذهب إليه المشهور هو الصحيح .

ثم إنّ اشتراط التأخير إلى مدّة طويلة متمادية لا مانع منه ما لم يصل إلى حدّ يرغب عنه العقلاء ولا يعتبرون المالية في تلك المدّة كما إذا باع شيئاً واشترط التأخير في ثمنه إلى عشرة آلاف سنة فإنّهم لا يعتبرون الثمن مالاً بازاء المدّة المذكورة ، فتكون المعاملة أكلاً للمال بالباطل وهو باطل ، وأمّا إذا لم يصل إلى ذلك الحدّ فلا مانع منه كما إذا اشترط التأخير إلى خمسين سنة فإنه أمر يرتكبه العقلاء فهل يجوز اشتراط مدّة لا يبقى إليها المتبايعان كما في اشتراط التأخير إلى مائة سنة أو مائتين أو لا يجوز ؟

ربما يقال بعدم صحّة التأخير إلى مدّة لا يبقى إليها المتعاملان لوجهين : أحدهما أنّ اشتراط التأخير إلى المدّة المذكورة لغو ، فإنّ الموت قبل المدّة المذكورة يوجب حلول الدين ولا يبقى التأخير إلى المدّة المذكورة ، فاشتراطها والحال هذه

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٥ / أبواب أحكام العقود ب١ ، ح١ ، ٣ .

لغو لا يترتّب عليه ثمرة . وثانيهما : أنّ الاشتراط المذكور على خلاف الشرع ، لأنّ معناه أنّ الأجل لابدّ من تأخيره إلى المدة المذكورة وأنه لا يحل بالموت وهو خلاف الثابت في الشرع ، حيث إنّ الأجل والدين يحلّان بالموت فيكون الشرط فاسداً وربما يكون مفسداً بناء على أنّ الشرط الفاسد مفسد .

والصحيح أنّ اشتراط التأخير إلى المدّة المذكورة لا مانع عنه ، والوجه في ذلك أنّ حلول الدين بالموت حكم شرعي موضوعه هو العقد والشرط الصحيحان في نفسهما ، ومن الظاهر أنّ اشتراط التأخير إلى مائة سنة أو أكثر ليس في نفسه مخالفاً للشرع واشتراطه أيضاً ليس بمحرّم شرعي ، ومن هنا يصحّ ذلك في المتعاقدين الباقيين إلى تلك المدّة (كما إذا كان أحدهما الإمام الغائب (عجّل الله تعالى فرجه) والآخر هو الخضر (عليه السلام)) ومن الظاهر أيضاً أنّ اشتراطهما التأخير إلى تلك المدّة ليس بمعنى كونه متأخراً إلى تلك المدة حتّى مع حكم الشارع بحلوله بالموت قبل المدة المذكورة ، فإذن اشتراط التأخير إلى مدّة مديدة لا يبقى إليها المتعاملان ليس على خلاف الشرع ، نعم لو قصد عدم حلوله حتى بالموت لكان فاسداً وعلى خلاف الشرع .

ومنه يظهر عدم اللغوية لأنهما إنما اشترطا التأخير إلى المدة المذكورة لأجل أنهما لو بقيا إليها ولو باعجاز من الله أو من أوليائه يتمكّنان من التأخير إليها وهذا يرفع اللغوية . ولولا ما ذكرناه لزم الالتزام بفساد أكثر المعاملات كما إذا اشترط التأخير إلى شهر مضبوط واتّفق موته بعد عشرة أيّام فإن لازم بطلان التأخير إلى أزيد من بقائهما استكشاف أنّ المعاملة في المثال كانت باطلة ، لكون التأخير فيها إلى مدة لم يبق إليها المتعاملان ، وهو كما ترى . إلى هنا تحصّل أنه يعتبر في النسيئة أن يكون التأخير إلى مدة مضبوطة معلومة .

وبعد ذلك يقع الكلام في أنها هل تعتبر أن تكون معلومة عند المتعاقدين ، أو

تكون معلومة عند عامّة الناس وإن لم يعلم بها المتعاملان ، أو لابدّ من معلوميتها عند المتعاقدين وعامة الناس ؟

ربما يقال بكفاية معلومية المدّة وانضباطها عند عامة الناس كما هو كذلك في الأوزان فإنّ أحداً إذا باع أو اشترى بوزن معلوم عند أهل البلد كان ذلك كافياً في صحة المعاملة وإن لم يعلم به المتعاقدان ، وعليه فيصح اشتراط التأخير إلى عيد النيروز أو المهرجان الذي هو من أحد أعياد الفرس ، لانضباطهما عند الناس وإن لم يعلم المتابعان بهما ، أو اشترط التأخير إلى شهر رمضان ولا يدري البائع ولا المشتري بوقته ، هذا .

ولا يخفى أنّ ارتفاع الغرر وعدمه إنما ينوط بعلم المتعاقدين وجهلهما ، وعلم عامة الناس وعدمه أجنبيان عن الغرر في المعاملة ولا يمكن أن يكون علم عامة الناس بالأمد كافياً في صحة الاشتراط وارتفاع الغرر وإلّا فلو كان معلومية المدة عند غير المتعاملين كافية في صحة الاشتراط لصح جميع الشروط المجهولة كما إذا باع واشترط التأخير إلى موت زيد فإنّ موته معلوم عند الله تعالى ومضبوط في اللوح المحفوظ .

وأمّا دعوى كفاية المعلومية عند العامة في الأوزان فتندفع بأنّا نلتزم بالبطلان في الأوزان أيضاً فيما إذا لم يعلم بها المتعاملان ولزم منه الغرر غاية الأمر أنّا ذكرنا في الأوزان أمرين : أحدهما أنّ الغرر يرتفع بالمشاهدة فيها ، وثانيهما كون الوزن معلوماً في نفسه وعند الناس كافٍ في الأوزان بمعنى أنه إذا اشترى كيلواً من السكر يرتفع الغرر عنه بمشاهدته ولا يعتبر أن يكون عالماً بأنه أيّ مقدار وأنه عشرون مثقالاً أو أقل أو أكثر ، وإلّا لبطل أكثر معاملات أهل البلد أيضاً لعدم علمهم بمثاقيل الأوزان وأنّ الكيلو عشرون مثقالاً أو أقل أو أكثر ، بل كونه معلوماً عند أهله وفي نفسه كافٍ في صحة المعاملة .

نعم فيما إذا اشترى كيلواً من السكر ولم يشاهده ولم يعلم بوزنه التزمنا ببطلان معاملته لمكان الغرر.

فالصحيح اعتبار المعلومية عند المتعاملين فقط.

وعن بعض العامة(١) اعتبار المعلومية عند عادلين آخرين غير المتعاقدين أيضاً، ولعلّه من جهة رفع المنازعة عند الاختلاف وإلّا فلا وجه لاعتبار المعلومية عند عادلين في صحة المعاملة وعدمها. مع أنّ العادلين غير لازمين في رفع المنازعة أيضاً، لكفاية اليمين في رفع الخصومة عند فقد البيّنة.

ثم إنّ المعتبر هو علم المتعاقدين بالمدّة حين المعاملة ولا يكفي كونهما بحيث يعلمان بها بعد المعاملة بالاستخراج والحساب مع كونهما جاهلين بها حين المعاملة وإلّا لكفى التمكّن من العلم بها بالسؤال عنها بعد المعاملة أيضاً مع كونهما جاهلين بالمدّة عند المعاملة وهذا ظاهر.

القول في البيع بثمنين

إذا باع ماله بثمن معيّن نقداً وبأكثر منه على تقدير النسيئة إلى أجل مضبوط فهل هذه المعاملة صحيحة أو باطلة، وعلى تقدير الصحة فهل هي بيع نقد أو نسيئة وهل يجب على البائع الصبر إلى آخر الأجل أو لا يجب؟

والكلام في ذلك تارةً يقع فيما تقتضيه القاعدة وأُخرى فيما دلّت عليه الروايات، فنقول: ربما يراد بذلك أن يبيع البائع ماله بثمن مردّد بين الدرهم والدرهمين من غير أن يكون له تعيّن عند البائع ولا عند الله تعالى بحيث لو سألناه في قبال كم ملّكت مالك؟ يقول في الجواب لا أدري، ومثل ذلك باطل جزماً، لأنّ

(١) التهذيب ـ للبغوي ـ ٣: ٥٧٢، العزيز شرح الوجيز ٤: ٣٩٨.

البيع مبادلة مال بمال ولم يبدّل البائع ماله بمال وإنما ملّك ماله للمشتري من دون أن يعلم بما يقابله ، بل مثل ذلك ممّا لا يتعلّق به قصد العقلاء ، إذ ما لا تعيّن له لا يقصده العقلاء ، وهذه المعاملة ممّا لا يقدم عليه العقلاء وليست مراداً من الروايتين(١) أيضاً إذ لابدّ من حملها على محمل آخر .

ويحتمل أن يراد بالمعاملة المذكورة البيع المعلّق بأن يبيع ماله بدرهم على تقدير النقد ومعلّقاً على تسليمه حالاً ، وبدرهمين على تقدير النسيئة ، فالثمن متعيّن إلّا أنّ المعاملة تعليقية والمعاملة المعلّقة أمر دارج عند العقلاء وليست أمراً على خلاف القاعدة فإنها تامة صحيحة في نفسها ولا محذور فيها إلّا من جهة قيام الاجماع على بطلان التعليق في العقود ولولا ذلك الاجماع لحكمنا بصحة المعاملات المعلّقة إذ ليس فيها ما يخالف القاعدة كما مرّ .

ويحتمل أن يراد بالمعاملة البيع بثمن واحد بالاشتراط ، بأن أراد البيع بالثمن الزائد وهو الدرهمان ولكن اشترط عليه المشتري أنه لو دفعه نقداً لنقص عنه بمقدار درهم ويسمّى ذلك بالنزول وهو أمر سائغ شرعي في حدّ نفسه ولو بدون الاشتراط كما إذا كان عليه دين مؤجّل بوقت فإنّه يتمكّن من أن يدفعه حالاً بنقص ثلثه أو ربعه أو أقل أو أكثر ، وليس هذا من الربا لأنه إنما يأتي في طرف الزيادة لا في طرف النقيصة ، والبيع بدرهمين واشتراط النزول بدرهم على تقدير النقدية أمر صحيح متعارف إلّا أنه خارج عن مورد الروايتين فإنّ صريحهما هو البيع بثمنين لا البيع بثمن واحد مع اشتراط النزول .

ويحتمل عكس ذلك بأن يبيع بالثمن الأقل وهو الدرهم باشتراط أنه لو أخّره إلى مدة كذا يدفع درهماً آخر ، وهذه المعاملة أيضاً صحيحة في نفسها إلّا أنّ

---

(١) سيأتي مصدرهما عن قريب .

الاشتراط المذكور في ضمنها من أظهر أفراد الربا لأنّ الزيادة إنما جعلت في مقابل التأجيل والتأخير وهو باطل وحرام ، إلّا أنّ بطلان الشرط وفساده لا يضرّ بصحة العقد ، لما قدّمناه من أنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد ، وعلى هذا ينطبق ما أفتى به جماعة من صحة المعاملة المذكورة وكونها محرّمة تكليفاً ، فإنّ اشتراط الربا مضافاً إلى أنه فاسد في نفسه محرّم تكليفاً أيضاً نظير بيع الخمر فالمعاملة مع الاشتراط محرّمة إلّا أنّها صحيحة ، ولا ينطبق على سائر الاحتمالات بوجه .

أمّا الاحتمال الأول فلأنّ المعاملة فيه باطلة ولا حرمة فيها كما لا يخفى .

والاحتمال الثاني أيضاً لا حرمة فيه وإن قلنا ببطلانه للاجماع إلّا أنّ التعليق في العقود ليس من المحرّمات التكليفية الموجبة للفسق وهو ظاهر .

وكذا الاحتمال الثالث فإنّ المعاملة فيه صحيحة ولا حرمة تكليفية بوجه .

وهناك احتمالات أُخر بعيدة جدّاً كاحتمال أن يكون ذلك من باب تخيير المشتري بين الصورتين بأن ينشئ من الآن ملكية ما يختاره المشتري بعد ذلك .

ثم إنّك إذا عرفت الاحتمالات الأربعة وظهر لك أنّ الاحتمال الأول باطل لأنّ المردّد لا يتعلّق عليه القصد ، والاحتمال الرابع والثالث خارجان عن مورد الروايتين لأنّ الثمن فيهما واحد والمذكور في الروايتين البيع بثمنين ، يظهر لك أنّ المتعيّن في الروايتين هو الاحتمال الثاني أعني البيع المعلّق أي البيع بالأقل على تقدير النقدية وبالأكثر على تقدير النسيئة ، وقد عرفت أنّ المعاملات التعليقية ليس فيها ما يخالف القواعد بحيث لا مانع من الالتزام بصحتها إلّا الاجماع القائم على أنّ التعليق مبطل في العقود ، وعليه فلو تمّت الروايتان بحسب السند فليس فيهما ما يخالف القاعدة بل هي مطابقة للقاعدة ، فإنّ المعاملة التعليقية صحيحة في نفسها إلّا من جهة الاجماع ولكن الاجماع كما سيأتي غير متحقّق في هذه المسألة لذهاب أكثر الأصحاب إلى صحّتها .

ثم إنه إذا قلنا بصحة المعاملة بثمنين فهل يجب على البائع أن يصبر إلى آخر الأجل وليس له المطالبة من المشتري قبله أو أنه غير ملزم على الصبر ؟

ظاهر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] هو لزوم الصبر وعدم جواز المطالبة بدعوى أنه قد أسقط حق مطالبته حيث رضي ببقاء ماله عنده على تقدير النسيئة أي كون الثمن هو الأكثر إلى أجل معيّن ، والثمن الزائد أي الأكثر وأن لم يسلّم له شرعاً لما سيأتي في الروايتين من أنّ الثمن هو الأقل إلّا أنه لا ينافي إسقاطه الحق .

وقد استشهد عليه بما ذهب إليه بعض الفقهاء في المصالحة على حق القصاص بعبد الغير فإنه إذا ظهر أنه للغير لا يوجب ذلك بقاء حق القصاص ، فإنّ الحقوق إذا أسقطها صاحبها يسقط ولا يعود بعد الاسقاط ، ومع إسقاط البائع حق المطالبة لا يبقى له حق ويجب عليه أن يصبر إلى آخر الأجل وإن لم يحصل ما يقابل إسقاطه وهو الثمن الزائد ، هذا .

ولا يخفى عليك عدم إمكان المساعدة على ما أفاده (قدّس سرّه) لأنّ حقّ المطالبة ليس حقّاً من الحقوق وإنما هو حكم شرعي لا يقبل الاسقاط في نفسه كما إذا قال : أسقطت حق مطالبتي فضلاً عمّا إذا وقع مورد الاشتراط ، وعليه فالظاهر أنّ البائع له مطالبة المشتري بثمنه فتكون المعاملة نقدية .

ثم إذا قلنا بعدم وجوب الصبر أو بوجوبه على البائع فهل يجوز للمشتري التأخير في ردّ ثمنه أو لا يجوز ؟ الظاهر عدمه لأنّ البائع قد ملك الثمن بالمعاملة والتصرفات في ملك الغير التي منها إبقاؤه عنده محرّمة بدون رضاه ، والبائع وإن رضي ببقائه عنده على تقدير الثمن الأكثر إلّا أنّ رضاه معاملي إنما رضي به بتخيل صحة المعاملة بالأكثر كما إذا رضي ببقاء ماله عند أحد بتخيل صحة إجارته فإنه لا

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٠٦ .

يكفي في جواز التصرف فيه مع عدم تمامية المعاملة كما هو الحال في المقام ، هذا كلّه فيما تقتضيه القاعدة .

وأمّا الروايتان(١) فإحداهما أعني ما عن محمد بن قيس لا دلالة لها على لزوم الصبر على البائع إلى آخر الأجل ، وإنّما اشتملت على أنّ الثمن أقلّهما أي أقل الثمنين .

وثانيتهما : ما عن السكوني وقد اشتملت على أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى وحكم في مثل البيع بثمنين على أنه ليس له أي للبائع إلّا أقل النقدين إلى أبعد الأجلين ، وظاهرها أنّ البائع مجبور في الصبر إلى آخر الأجل لأنه الذي حكم به (عليه السلام) وقد مرّ أنّ الروايتين تدلّان على صحة المعاملة المعلّقة غاية الأمر في إحدى المعاملتين لا في كلتيهما ، وليس فيها ما يخالف القاعدة إلّا الاجماع وقد عرفت أنّ الاجماع غير متحقّق في المسألة لذهاب كثير من الأصحاب إلى صحتها فلابدّ من الأخذ بالروايتين على تقدير صحة سنديهما .

نعم ، الروايتان مشتملتان على خلاف القاعدة من جهة اُخرى وهي دلالتها

---

(١) الأُولى :محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) « قال قال أمير المؤمنين (عليه السلام) من باع سلعة فقال : إنّ ثمنها كذا وكذا يداً بيد ، وثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة ، فليس له إلّا أقلّهما وإن كانت نظرة » .

والثانية : وباسناده عن أحمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) : « أنّ علياً (عليه السلام) قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا ، فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين ، يقول : ليس له إلّا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة » الوسائل ١٨ : ٣٦ / أبواب أحكام العقود ب٢ ح١ ، ٢ .

على أنّ العقود غير تابعة للقصود ، فإنّ البائع قصد البيع بأقلّ الثمنين على تقدير النقد وبأكثرهما على تقدير النسيئة ، والروايتان دلّتا على وقوع المعاملة بأقلّ الثمنين على تقدير النسيئة وهو غير ما قصده البائع ، ومن الظاهر أنّ العقود تابعة للقصود ، لأنّ أدلّة الامضاء شرعاً إنما وردت على طبق ما قصده المتعاقدان ، هذا .

ولكنّه لا يضرّ بالروايتين بعد صحتهما سنداً ، فإنه حكم تعبّدي فنأخذ به وللشارع أن يتصرف في بعض خصوصيات مقاصد المتعاملين ، وقد التزموا نظير ذلك في باب النكاح وإن لم نلتزم به وهو أنه إذا قصد المتعة ونسي ذكر الأجل في عقدها ينقلب إلى الدوام مع أنه غير ما قصده الزوجان ، فالمهمّ هو المراجعة إلى سند الروايتين ، والسيد (قدّس سرّه) في حاشيته[1] وصف رواية السكوني بالصحة والاعتبار حيث قال : مع أنّ الثانية تعدّ من الحسن أو الصحيح .

وهناك طائفة أُخرى[2] دلّت على نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن شرطين في بيع أو بيعين في بيع ، ويحتمل انطباقها على المقام كما يحتمل إرادة معنى آخر .

وكيف كان فقد قال في الحدائق[3] أنّ الأصحاب لعلّهم لم يطّلعوا إلّا على ما رواه السكوني وضعّفوها وذهبوا إلى بطلان البيع بثمنين ، مع أنّ هناك روايتين أُخريين وهما صحيح وكالصحيح وكلتاهما مروّيتان عن محمد بن قيس روى إحداهما في الفقيه[4] وسندها فيه صحيح ، وروى الأُخرى في الكافي[5] والسند فيه

---

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٧٧ مبحث النقد والنسيئة .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٧ / أبواب أحكام العقود ب٢ ح٣ ، ٤ ، ٥ .

(٣) الحدائق ١٩ : ١٢٣ .

(٤) الفقيه ٣ : ١٧٩ / ٨١٢ .

(٥) الكافي ٥ : ٢٠٦ / ١ .

كالصحيح ، ومن هنا عبّر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) عنهما بمعتبرة محمد بن قيس ومقتضاهما أنّ المعاملة صحيحة بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين فيما إذا باع ماله بثمنين .

ويحتمل في هاتين الروايتين معنيان أحدهما : أن يبيع البائع ماله بالثمن الأقل إلّا أنه يشترط الزيادة على تقدير تأخير المشتري في ردّه ، فيبيعه بدرهم ولكنه يشترط درهماً آخر بازاء تأخيره إلى مدّة كذا ، والزيادة في هذه الصورة محرّمة لأنّها ربا ظاهر واشتراطها باطل ، إلّا أنّ فساد الشرط لا يمنع عن صحة المشروط فالمعاملة صحيحة والشرط فاسد فيكون الثمن هو الأقل لا محالة ، إلّا أنه يقع الكلام حينئذ في وجه جواز التأخير للمشتري إلى أبعد الأجلين وعدم جواز المطالبة للبائع قبله مع أنه باعه بأقلّ الثمنين ولا أجل فيه بعد إسقاط الاشتراط والحكم ببطلان اشتراط الزيادة على تقدير التأخير . وقد وجّهه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ عدم جواز المطالبة للبائع وجواز التأخير للمشتري مع كون المعاملة نقدية إنما هو من جهة إسقاط البائع حق المطالبة باشتراط الزيادة على تقدير التأخير بمعنى أنه رضي بالتأخير في مقابل عوض معيّن وهو الزيادة وأسقط حق مطالبته بازائه وكون العوض محرّماً شرعاً وعدم وصوله إليه لا يمنع عن إسقاطه لأنه فعله وأسقط حقّه ، وعدم وصوله إليه شرعاً لا يرفع إسقاطه السابق نظير ما إذا أسقط حقه في القصاص في مقابل عوض غير شرعي كما إذا أسقطه في مقابل عبد أخذه من القاتل وكان العبد ملك الغير واقعاً ، أو كان حرّاً فإنه لا يضرّ بإسقاطه الحق وهو ظاهر ولهذا صحّت المعاملة بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين ، هذا .

ولا يخفى عليك عدم تمامية ما أفاده لوجهين ، أحدهما : أنّ إرادة هذا الاحتمال من الروايات خلاف الظاهر ، فإنّ ظاهرها أنّ هناك ثمنين وقد باع ماله بثمنين وعلى تقدير هذا الاحتمال الثمن واحد والزيادة في مقابل تأخير المشتري في أدائه لا أنّ هناك ثمنين .

وثانيهما : على تقدير الاغماض عن ذلك ، أنّ جواز المطالبة ليس من الحقوق حتى يقبل الاسقاط ، وإنما هو من الأحكام الشرعية فلا يسقط تبرّعاً أيضاً فضلاً عمّا إذا كان بعوض ، ولا يقاس ذلك بحق القصاص فإنه من الحقوق .

فالصحيح أن يراد من الأخبار المعنى الثاني وهو الذي ذهب بعضهم إلى صحته وبعضهم إلى فساده كما ذكرناه سابقاً وهو أن يقال : إنّ البائع باع بثمنين على تقديرين فهناك معاملتان تقديريتان إحداهما البيع بالثمن الأقل على تقدير النقدية والبيع بالثمن الأكثر على تقدير التأخير والنسيئة ، فهما معاملتان معلّقتان فلا مانع فيهما إلّا من جهة التعليق إلّا أنّ التعليق لا يضرّ في المقام ، فإنّ الدليل على بطلانه هو الاجماع ولا إجماع على بطلان التعليق في المقام بعد ذهاب جماعة إلى الصحة ودلالة الروايتين الصحيحتين على صحّتهما ، فالمعاملة صحيحة .

نعم يبقى هناك إشكال آخر في الروايتين ذكره الأردبيلي (قدّس سرّه)[1] وملخّصه : أنّهما على خلاف العمومات الدالّة على عدم جواز أكل مال الغير إلّا برضاه ، وعلى خلاف العقل المستقل بقبح التصرف في مال الغير بغير رضاه ، وذلك فإنّ البائع إنما رضي بالمعاملة بأبعد الأجلين في مقابل أكثر الثمنين ولم يرض بها في الأجل الأبعد بأقل الثمنين فكيف دلّت الروايات على صحتها .

وبالجملة : أنّ المنشأ ليس هو المعاملة بأبعد الأجلين وأقلّ الثمنين ، مع أنّ المعاملات إمضائية ، وكونها كذلك أي إمضائية ينافي الامضاء المخالف لما أنشأه المتعاقدان ، فإنه تأسيس على خلاف رضاهما وليس إمضاء لانشائهما .

وما أفاده (قدّس سرّه) متين إلّا أنّ الأحكام الشرعية ليست كالأحكام العقلية غير قابلة للتخصيص ، فلا مانع من تخصيص ما دلّ على حرمة التصرف في مال

(١) مجمع الفائدة ٨ : ٣٢٩ .

الغير بغير رضاه في المقام والحكم تعبّداً بجواز الأكل عند البيع بثمنين مع عدم رضا البائع به ، وهذا غير عديم النظير ونظائره كثيرة كما في حقّ المارّة والهبة والوقف وبيع الصرف والسلم فإنّ ما أنشأه الواهب أو الواقف أو البائع هو الملكية من حين المعاملة والشارع لم يمضه وإنما حكم بالملكية بعد القبض ، وهذا ظاهر ولا إشكال فيه بعد صحة الروايتين وعمل جملة من الأصحاب على طبقها ، ولا يمكن طرحها بمجرد أنّها على خلاف العمومات المتقدّمة ، هذا فيما إذا باعه بثمنين وعامل معاملتين إحداهما نقدية والأُخرى نسيئة .

وأمّا إذا باعه بثمنين وكان كلا المعاملتين نسيئتين كما إذا باعه بدرهم إلى شهر وبدرهمين إلى شهرين ، فهل هي كسابقتها أو أنّها باطلة ؟

ذكر صاحب الحدائق[1] أنّها كسابقتها فالمعاملة صحيحة بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين ، وظاهره أنّ هناك ملازمة فكل من ذهب إلى الصحة في سابقتها لابدّ من أن يحكم بالصحة فيها أيضاً .

إلّا أنّ الأمر ليس كذلك ، بل الصحيح هو البطلان في هذه الصورة ، لما عرفت من أنّ الصحة ووقوع المعاملة بأقلّ الثمنين إلى أبعد الأجلين على خلاف القواعد والعمومات ، وفي مثله يقتصر على مورد اليقين والنصّ وهو ما إذا كان أحد البيعين نقدياً والآخر نسيئة دون ما إذا كان كلاهما نسيئة .

وإشكال التعليق وإن كان يندفع بعدم ثبوت الاجماع على بطلانه في المقام إلّا أنّ كون الثمن أقلّها بأبعد الأجلين كما مرّ على خلاف القواعد لا دليل على ثبوته في المقام .

---

(١) الحدائق ١٩ : ١٢٢ .

ثم إنّ مقتضى الروايتين[1] المنقولتين عن رسول الله (صلّى الله عليه وآله) وإن كان هو البطلان عند البيع بثمنين، إلّا أنّ الصحيح هو الأخذ بما دلّت عليه الروايات المتقدّمة، ولا تكون الروايتان المذكورتان معارضة لها، بل يتعيّن التصرف فيهما برفع اليد عن ظهورهما، وذلك لأنّهما ظاهرتان في بطلان البيع بثمنين، وهذه الأخبار صريحة في صحته، فلابدّ من رفع اليد عن ظهورهما بصراحة الروايات المتقدّمة ورفع اليد عن ظهورهما بأحد وجهين:

أحدهما: حملها على النهي التكليفي ورفع اليد عن ظهورهما في النهي الوضعي، فتكون المعاملة صحيحة ولكنّها محرّمة شرعاً وهي توجب الفسق.

ويدفعه: أنّا بعد ما رفعنا اليد عن ظهور النهي فيهما في الفساد فالحكم بالحرمة التكليفية يحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام.

وثانيهما: حملها على الكراهة وهذا هو المتعيّن، ولا وجه لما احتمله صاحب الحدائق من حملها على الحرمة التكليفية بوجه.

بقي الكلام في صحة جعل الثمنين في الاجارة وقد وردت هناك روايات[2] متعدّدة ودلّت على صحة مثل قوله: إذا خطته فارسياً فكذا وإن خطته رومياً فكذا ويحتمل إرادة الجعالة بذلك دون الاجارة الموجبة لجعل الأُجرة على ذمّة الموجر فإنّ الجعالة ليست إلّا إخباراً وهي لا يمنع عن التعليق بل هي متقوّمة بالتقدير والتعليق كقوله إن رددت عليّ ولدي أو من ردّ عليّ ولدي، وعلى تقدير عدم إرادة الجعالة من الأخبار فلنا كلام في حملها على الاجارة لعدم انطباقها عليها وقد بيّناه في

---

(١) تقدّم مصدرهما آنفاً.

(٢) راجع الوسائل ١٩: ١١٦ / كتاب الإجارة ب١٣ ح٢، ١١١ / ب٨ ح١.

محله[١] وكيف كان فما أنّ الحكم على خلاف القاعدة فلابدّ من الاقتصار فيه على مورده وهو البيع ولا يمكن التعدّي عنه إلى الاجارة إلّا فيما إذا دلّ على جريانه فيها دليل.

الكلام في عدم وجوب المطاوعة على المشتري للبائع

إذا تعاملا واشترطا التأجيل في أداء الثمن إلى مدّة معيّنة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجّل إلى البائع قبل حلول أجله حتى أنّ البائع لو طالبه بالثمن لا يجب على المشتري مطاوعته، والوجه في ذلك ظاهر وهو أنّ المشتري قد جعل لنفسه حق التأخير في الأداء وقد رضي به البائع فتعاملا، ومع إمضاء البائع لاشتراط التأجيل لا وجه لوجوب التعجيل على المشتري، وهذا ظاهر ولا إشكال فيه.

وإنما الكلام في مقامين: أحدهما في أنّ المشتري لو تبرّع بدفع الثمن قبل حلول أجله فهل يجب على البائع القبول، أو أنّ له الامتناع عن قبوله حتى ينتهي الأجل؟

فربما يقال بعدم وجوب القبول على البائع مستنداً إلى دعوى الاجماع على عدم وجوبه على البائع وينسب إلى بعض العامّة[٢] المخالفة في ذلك وأنه يجب على البائع القبول، هذا.

ولا يخفى أنّ من المستبعد جدّاً انعقاد اجماع تعبّدي في المقام على خلاف ما أنشأه المتعاقدان ولعلّه مستند إلى بعض الوجوه الآتية، وعليه فلابدّ من ملاحظة كل من مقامي الاثبات والثبوت ليرى أنّ حق التأخير بحسب مقام الثبوت راجع إلى أي شخص، وأنّ اللفظ في مقام الاثبات ولو بمعونة القرائن الحالية والمقالية ظاهر في

---

(١) شرح العروة (موسوعة الإمام الخوئي) ٣٠: ٧٧ وما بعدها.

(٢) المجموع ١٣: ١٣٩ ـ ١٤٠، الوجيز: ١٥٧ ـ ١٥٨.

رجوع الحقّ إلى أيّهما .

فأمّا بحسب مقام الثبوت فيحتمل في المقام أوجه ثلاثة : فيمكن أن يكون التأخير حقاً لخصوص المشتري فقط كما إذا جعله المشتري لنفسه لأجل التوسعة في الأداء من دون أن يكون للبائع في ذلك غرض .

كما يمكن أن يكون حقّاً لخصوص البائع على المشتري كما إذا لم يتمكّن من حفظ الثمن لأنه غريب فيشترط على البائع التأخير في أدائه إلى شهر ، وهذا ربما يتّفق خارجاً .

كما يمكن أن يكون التأخير حقاً لكل منهما على الآخر فهذا يشترطه على البائع والبائع يشترطه على المشتري ، فهذه أوجه ثلاثة .

أمّا إذا كان حقاً لخصوص المشتري فقط فلا ينبغي الإشكال في أنه إذا رفع اليد عن حقه وتبرّع بدفعه إلى البائع يجب عليه القبول فإنه ماله والمشتري غير مكلّف بحفظ مال البائع على الفرض . ودعوى أنّ في قبوله منّة عليه فلا يكلّف به كما ذكره العلّامة (قدّس سرّه)[١] مندفعة بأنه لا منّة في قبول مال نفسه وأي منّة في أخذ الشخص لماله ، ولا يقاس هذا بالتبرّع بالزيادة كما قاسه فإنّ الزيادة ليست مالاً للبائع وإنما هي هبة وقبولها لا يخلو عن منّة ، وهذا بخلاف قبضه لمال نفسه كما هو ظاهر . وبالجملة بناءً على هذا الاحتمال يكون الأداء واجباً موسّعاً على المشتري وله أن يدفعه في أي وقت شاء .

وأمّا إذا كان حقّاً للبائع فقط وتبرّع بدفعه المشتري فلا يجب عليه القبول فإنّ حفظه على المشتري حينئذ حسب الاشتراط وله حق في الامتناع عن القبول .

ومن ذلك يظهر ما إذا كان الحق لكل منهما فإنّ المشتري حينئذ إذا أسقط حقه

---

(١) التذكرة ١١ : ٣٥٣ .

فلا يجب على البائع القبول ، إذ له أيضاً حق في الامتناع فلا يسقطان إلّا بالتراضي والتقايل ، هذا كلّه بحسب مقام الثبوت .

وأمّا في مقام الاثبات فإن كان اللفظ ولو بتبع بعض القرائن ظاهراً في أحد الأوجه الثلاثة فتتبع القرينة ، وأمّا إذا كان خالياً عن جميع القرائن فاللفظ حسب الجري الخارجي والارتكاز الثابت عند العقلاء في معاملاتهم له ظهور في أنّ التأخير حق للمشتري فقط دون البائع ، وعليه فإذا أسقطه وتبرّع بدفعه يجب على البائع القبول لأنه ماله ، فما ذهب إليه بعض العامّة هو الصحيح .

وأمّا الاجماع فلعلّه مستند إلى احتمال أنه حق لكل من البائع والمشتري .

المقام الثاني : أنّ الحق إذا كان للمشتري وقد أسقطه فهل يسقط باسقاطه بحيث لو طالبه البائع بعد ذلك يجب عليه القبول ، أو أنه لا يسقط باسقاطه ولا يجب عليه القبول مع مطالبة البائع أيضاً ؟

ربما يقال بعدم سقوطه باسقاطه وأنّ المشتري لا يجب عليه ردّه مع مطالبة البائع ماله لوجوه خمسة :

أحدها : ما ذكره المحقّق الكركي في جامع المقاصد[1] من أنّ التأجيل إنما ثبت في ضمن عقد لازم كالبيع أو القرض وهو من خصوصياته ، وكما أنّ العقود اللازمة لا ترتفع باسقاطها فكذلك خصوصياتها لا ترتفع باسقاطها فلا ترتفع إلّا بالتقايل فقط .

وفيه : أنّ خصوصيات العقد اللازم ليست كالعقد اللازم ، بل هي من الحقوق وهي ممّا يسقط باسقاطها ، إذ ثبت بالقاعدة أنّ لصاحب الحق أن يتجاوز عن حقّه أفلا ترى أنه إذا باع شيئاً أو استأجر الخيّاط لخياطة ثوبه واشترط عليه لنفسه أمراً

---

(١) جامع المقاصد ٥ : ٤١ .

له أن يسقط حقه ويتجاوز عنه، ولعلّه (قدّس سرّه) تنبّه لما ذكرناه فذكر الوجه الآتي.

ثانيها: وهو أنّ التأخير حق لكل من المشتري والبائع فإذا تجاوز المشتري عن حقّه فحق البائع بحاله، فالتأخير لا يسقط باسقاط المشتري، هذا.

وفيه أوّلاً: أنّ التأخير كما عرفت حق ثابت لخصوص المشتري كما مرّ.

وثانياً: أنّا لو أغمضنا وبنينا على أنه حق لكل منهما فهو لا يمنع عن وجوب الردّ على المشتري فيما إذا أسقطه المشتري ثم طالبه البائع بماله كما هو محل الكلام وذلك لأنّ المشتري قد أسقط حقّه على الفرض والبائع أيضاً أسقطه بمطالبته من المشتري، وبعد اسقاطهما لا وجه لعدم وجوب القبول على المشتري فإنّ المانع عنه إن كان هو حق المشتري فالمفروض أنه أسقطه، وإن كان هو حقّ البائع فالمفروض أنه يطالب بماله وهو إسقاط لحقّه، ولعلّه (قدّس سرّه) تنبّه لما ذكرناه أيضاً فذكر وجهاً ثالثاً.

ثالثها: حاصله أنّ حق التأخير حق واحد قائم بمجموع المشتري والبائع لا أنه حقّان، وإذا كان حقّاً واحداً فهو لا يسقط إلّا بتراضيهما وتقايلهما ولا يسقط باسقاط هذا وحده وذاك وحده.

ويدفعه: أنّ التأخير حق للمشتري فقط وعلى تقدير الاغماض فهو حق ثابت لكل منهما على وجه الاستقلال، فإنّ ثبوت حق واحد وقيامه بالمجموع كما في إرث الخيار القائم بمجموع الورثة يحتاج إلى دليل خاص وهو مفقود في المقام، نعم لو تم ما أفاده صغرى وثبت أنّ الحق واحد قائم بهما فلا بأس بما أفاده، إلّا أنّ الكلام في ثبوت الصغرى كما هو ظاهر.

رابعها: ما ذكره العلّامة (قدّس سرّه)(١) في المقام: وهو أنّ التأجيل من

---

(١) التذكرة ١٠ : ٢٥٨.

أوصاف العقد وتوابعه وهي لا تكون مستقلّة في الثبوت والسقوط وإنما يثبت أو ترتفع بتبع العقد ، وهي نظير ما لو اشترط وصف الجودة في الحنطة أو وصفاً آخر ككونها من مزرعة خاصّة فكما هو لا يسقط باسقاطه مستقلاً فكذلك التأجيل في المقام ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا الوجه أردأ ممّا ذكره المحقّق الكركي وذلك أمّا أوّلاً : فبالنقض فإنّ ما ذكره لو تم لاقتضى عدم سقوطه حتى بالتقايل فإنّه على الفرض غير مستقل في الثبوت والسقوط باسقاط أحدهما أو كليهما ، اللهمّ إلّا بالتقايل في أصل العقد حتى يرتفع بارتفاعه وهو خلاف المفروض ، فإنّ الكلام فيما إذا بقي العقد بحاله وأسقط التأجيل فقط .

وأمّا ثانياً : فبالحلّ وبيان الفارق بين اشتراط التأجيل ووصف الجودة في الحنطة ، فإنّ الوصف المذكور قيد للمبيع بمعنى أنّ المبيع في الذمّة حينئذ حصة خاصّة من الحنطة وارتفاعه يوجب ارتفاع المبيع ، وهذا بخلاف الاشتراط فإنه أمر خارج عن المبيع والثمن فلو قيس ينبغي قياس شرط التأجيل باشتراط وصف الصحة في العين الخارجية فإنّه أيضاً خارج عن المبيع ولكنه يسقط بالاسقاط فكذا الشرط في المقام ، فهذه الوجوه لا ترجع إلى محصّل ومن هنا ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] وجهاً آخر وهو :

خامسها ومحصّله : أنّ مرجع اشتراط التأجيل والتأخير في المعاملة إلى إسقاط البائع حقّه عن مطالبة ماله إلى انقضاء الأجل ، وهذا الساقط لا يعود ثانياً باسقاط المشتري التأجيل والتأخير ، فإنّ المشتري لا ولاية له على إثبات حق للبائع بعد إسقاطه باشتراط التأجيل ، ونظير ذلك ما إذا باع وتبرّأ عن عيوب المبيع

(١) المكاسب ٦ : ٢١٤ .

الذي هو بمنزلة إسقاط خيار العيب فإنه لا يعود بعد ذلك باسقاط اشتراط التبرّي إذ ليس للمشتري ولا للبائع جعل حق الخيار بعد إسقاطه فإنه لا وقع له فيما إذا لم يتحقّق في ضمن العقد كما هو المفروض ، هذه خلاصة ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام.

ويدفعه أمران : أحدهما أنّ ما أفاده لو تم لمنع عن صحة الاقالة أيضاً ، فإنّ الساقط لا يعود بالاقالة ولا بغيرها ، ولا يثبت باقالتهما خيار لأحد ، ولا حق للبائع فإنه بعد إسقاط حق الخيار بالتبرّي من العيوب إذا تقايلا ورضيا بأن يثبت للمشتري الخيار لما يتحقّق الخيار أصلاً ، مع أنه (قدّس سرّه) معترف بصحة الاقالة وسقوط التأجيل بها.

وثانيهما : أنّ إرجاع اشتراط التأجيل إلى إسقاط حق المطالبة بلا موجب فإنّ جواز المطالبة كما أسلفناه سابقاً ليس من قبيل الحقوق القابلة للاسقاط وإنما هو حكم شرعي غير قابل للسقوط.

والذي يدلّنا على ما ذكرناه : مضافاً إلى أنه لا دليل على كونه من الحقوق القابلة للسقوط ، أنّ البائع إذا أسقط حق مطالبته حين المعاملة ثم ندم وطالب المشتري بماله يجوز له ذلك بلا خلاف ويجب على المشتري القبول ، وهذا كاشف عن عدم كون جواز المطالبة من الحقوق ، بل الصحيح أنّ مرجع اشتراط التأجيل والتأخير إلى جعل حق للمشتري في إبقاء مال البائع عنده كما في الأعيان الخارجية فإنه إذا باع داره واشترط بقاء الدار تحت يده إلى سنة ليسكنها يثبت له حق وسلطنة بها يتمكّن من تأخير ردّ العين إلى المشتري ، وكذا الحال في الكلّيات وما في الذمم فإنه إذا اشترط التأخير في ردّ الثمن إلى البائع معناه أنه جعل لنفسه حقّاً في تأخير ردّ مال البائع ، فمرجع اشتراط التأخير إلى إثبات حقّ للمشتري لا إلى إسقاط حق البائع ، إذن فلا مانع للمشتري من أن يتجاوز عن حقّه ويسقطه باسقاطه ، فما نسب إلى بعض العامّة وبعض الأصحاب من سقوط التأجيل باسقاط

المشتري هو الصحيح .

الكلام فيما إذا كان الثمن أو الدين حالاًّ أو صار كذلك بانقضاء الأجل

إذا كان الثمن حالاً في نفسه أو صار كذلك باسقاط المشتري التأجيل أو بانقضاء الأجل ، فهل يجب على البائع قبض ماله وهو الثمن فيما إذا أراد المشتري دفعه إليه أو لا يجب ؟ فيه خلاف وتمام البحث بالتكلّم في جهات :

الجهة الأُولى : ذهب المشهور إلى أنّ البائع يجب عليه قبض الثمن عند حلول أجله فيما إذا ردّه المشتري ، فإنّ عدم قبضه الثمن إضرار على المشتري وهو مرفوع في الشريعة المقدّسة ، فإذن يجب عليه القبض ، ثم رتّبوا عليه أنه إذا امتنع عن القبض فهل يجب على الحاكم إجباره عليه أو لا يجب ؟

والظاهر عدم وجوب القبض على البائع عند حلول الأجل ، والوجه في ذلك : أنّ الضرر المتصور ترتبه على ترك قبض البائع قسمان : ضرر خارجي من نقص في مال المشتري أو نفسه أو عرضه ، وضرر اعتباري ككونه مديوناً للبائع وهو نقص على وجاهته وشرافته عند الناس ولا يرضى بخجلته بذلك .

أمّا الضرر الخارجي فالمفروض أنه لا يترتّب على المشتري شيء من ذلك بترك البائع القبض فإنه لا يصير بذلك مريضاً ولا يذهب مال من كيسه ولا يرد خسارة على عرضه وهذا ظاهر .

وأمّا الضرر الاعتباري فهو وإن ترتّب على المشتري في بعض الموارد كما عرفت إلّا أنه لا كلّية له ، فإنّ مثل البنوك لا يتضرّر بكونها مديونة لبعض لأنّ شغل البنك أن يكون مديوناً لبعض وطالباً من آخر ، وكونه مديوناً ليس ضرراً عليه ، إلّا أنّ الكلام في أنّ منشأه هل هو عدم قبض البائع الثمن أو منشأه حكم الشارع أو

العقلاء ببقاء ذمّته مشغولة بمال الناس ، لا ينبغي الإشكال في أنّ عدم قبض المالك لماله لا يكون موجباً لتضرّر شخص آخر وإنما الضرر ينشأ عن حكم الشارع أو العقلاء بأنه مديون وذمّته مشغولة بمال الغير ، وحيث إنه ضرري فنرفعه بالحديث وأنّ ذمّته ليست مشغولة بمال الغير ، وأمّا إثبات وجوب القبض على البائع بذلك فلا فإنه يرفع الحكم الضرري لا أنه يثبت حكماً آخر . نعم لو قبضه البائع يكون ذلك مسقطاً لما في ذمّة المشتري ، إلّا أنّ تركه القبض لا يوجب بقاء اشتغال ذمّته كما عرفت ، هذا كلّه في هذه الجهة .

الجهة الثانية : إذا امتنع البائع عن القبض فهل يجبره الحاكم عليه أو لا ؟

قد ظهر من مطاوي ما ذكرناه في الجهة الأُولى أنه لا يجوز للحاكم إجباره فإنّا بنينا على عدم وجوب القبض عليه ، ومع ذلك لا يكون تركه تركاً للواجب فبأيّ موجب يجبر على فعل غير واجب .

ثم لو سلّمنا وبنينا على أنّ القبض واجب عليه فلماذا اختص الاجبار بالحاكم أوّلاً ثمّ في المراتب النازلة تصل النوبة إلى المؤمنين ، بل الحاكم وغيره في عرض واحد من هذه الجهة ، لأنّ إجباره حينئذ يدخل تحت الأمر بالمعروف وهو واجب على كل أحد ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] في صريح كلامه من وجوب ذلك على الحاكم أوّلاً ثم في المراتب النازلة يجب على سائر المؤمنين .

وممّا ذكرناه يظهر أنّ قياس المقام بوجوب الانفاق على الزوج من حيث إنه يجبر عليه من قبل الحاكم على تقدير امتناعه عن الانفاق مع الفارق ، فإنّ وجوب الانفاق على الزوج مسلّم هناك ، وأمّا في المقام فوجوب القبض على البائع أوّل الكلام .

---

(١) المكاسب ٦ : ٢١٨ .

الجهة الثالثة : في أنه إذا بنينا على وجوب القبض على البائع إلّا أنه امتنع عن القبض ولم يمكن إجباره أو أنكرنا وجوبه عليه ، فهل يجب على الحاكم قبضه لأنه ولي الممتنع أو أنه غير واجب على الحاكم[1]؟

الصحيح أنّ الحاكم لا يجب عليه القبض لوجود مالكه وعلمه بالحال وتمكّنه من قبضه ، وليس حاله حال مال الغائب أو الطفل أو غيرهما من الملّاك غير المتمكّنين من أخذ أموالهم ، فإنّ الحاكم في مثلهم يقبض المال لولايته على الغائب والقاصر ، وأمّا مع وجود مالكه وتمكّنه من حفظ ماله فلا يجب على الحاكم قبضه بل لا يجوز للحاكم مطالبة المديون بالمال إذ لم يثبت له الولاية على أموال الناس فليس له المطالبة مع رضا المالك ببقائه في ذمّة المديون ورضا المديون أيضاً بذلك .

وبالجملة : أنّ حال الحاكم وغيره في ذلك على حدّ سواء ، فإنّ القبض إنما يجوز لهم حسبة ، وهو إنما يثبت مع عدم تمكّن المالك من الحفظ وأمّا مع تمكّنه ووجوده فلم يدلّ دليل على وجوب حفظه وأخذه على المؤمنين .

الجهة الرابعة : في بيان وظيفة المشتري والمديون فيما إذا امتنع الدائن عن قبض ماله ولم يجب على الحاكم قبضه . قد عرفت أنّ مقتضى قاعدة لا ضرر أنّ المديون لا يبقى مشغول الذمّة للبائع والدائن فإنه أمر ضرري عليه ، فهل يثبت بذلك ولاية للمديون في تعيين مال الدائن في مال خارجي أو أنه لا ولاية له عليه ؟

الظاهر أنه لا ولاية للمديون على ذلك ولم يدلّ دليل عليه ، بل الولاية في ذلك للحاكم ، وهذا لا من جهة دلالة الدليل على ثبوت الولاية للحاكم في تعيين مال الدائن في مال خارجي بل من جهة الأخذ بالمقدار المتيقن ، وذلك لما أشرنا إليه في

---

(١) اعلم أنّ سيدنا الأُستاذ (دام ظلّه) جعل الجهتين الأوّلتين جهة واحدة وعدّ الثالثة جهة ثانية وذكر أنّ الجهة الثانية في تعيين وظيفة الحاكم .

بحث الولاية[١] من أنه ربما تثبت الولاية للحاكم لا لدلالة دليل عليه بل من جهة أنه المقدار المتيقّن من ثبوت الولاية له، وعليه فللمشتري أن يعيّن حصة المالك في عين خارجية بإذن الحاكم وإجازته.

الجهة الخامسة: في أنّ المديون هل يثبت له عزل حصة المالك فقط من دون أن يدخل ذلك في ملك البائع والدائن بل يكون باقياً على ملك المديون، وله أن يتصرف فيه ولو باتلافه لأنه إرجاع لمال الدائن إلى ذمّته، إلّا أنه إذا تلف فضمانه على الدائن على عكس المغصوب فإنه ملك لمالكه وإذا تلف فضمانه على غاصبه وفي المقام ما بيد المديون ملك لنفسه إلّا أنه إذا تلف فيتلف عن الدائن والبائع لأنه متعلّق لحقّه وإذا تلف يرتفع حقه لا محالة، أو أنه بالعزل يدخل في ملك الدائن ويسقط ولايته في صيرورته ملكاً له بقبضه؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٢] أنّ غاية ما يثبت بحديث لا ضرر هو سقوط ولاية الدائن في رضايته في تعيين حقه، لأنّ اعتبار رضاه في ذلك وقبضه أمر ضرري على المشتري وهو موجب لبقاء ذمّته مشغولة إلى الأبد، وأمّا أنه يدخل في ملكه ولا ولاية له في صيرورته ملكاً له فلا موجب له، ومثّل له بما إذا جنى عبد أحد على غيره فإنه مملوك لمالكه ولكنه مورد لحق المجني عليه، فإذا تلف ارتفع حقّه، وفي المقام أيضاً المعزول مملوك للمشتري وله أن يتصرف فيه ويرجع مال الدائن إلى ذمّته، إلّا أنه إذا تلف فيحسب عن الدائن لأنه متعلّق حقّه وقد تلف، هذا غاية ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام.

ولكنّه في غاية البعد عن الصواب والوجه في ذلك: هو أنّا إذا حكمنا بسقوط

---

(١) راجع المجلّد الثانيى من هذا الكتاب الصفحة ١٧٥.

(٢) المكاسب ٦ : ٢١٨.

ما في ذمّة المشتري بحديث لا ضرر لأنّ بقاءه في ذمّته ضرري عليه ومنافٍ لجاهه وحرمته بين الناس ، وبنينا على أنّ الموجود الخارجي أيضاً ليس ملكاً للدائن ، فلنا أن نسأل عن ملك الدائن وأنه ثبت في أي مكان وهل ملكه في ذمّة المديون أو أنه متشخّص في الخارج بعزله ، والمفروض أنه ليس في ذمـته ولا هـو مـتشخّص في الخارج فملكه متحقّق في أي وعاء وأين ذهب ملكه ، فإذا مات ينتقل إلى ورثته أي شيء .

فالظاهر أنّ المشتري بعزله يعيّن ملك الدائن في الموجود الخارجي وإلّا فلا معنى لتلفه ، فإنّ ما في الذمّة لا يتصوّر له تلف ، غاية الأمر يكون ذلك بإذن الحاكم كما مرّ فإنه معنى عدم ثبوت الملك في ذمته ، أي له أن يشخّصه في الموجود الخارجي وإلّا يبقى في ذمّته وهو أمر ضرري عليه .

ومن ذلك يظهر أنّ قياس المقام بتعلّق حق القصاص على عبد الغير لجنايته مع الفارق ، فإنّ في القصاص يثبت حق المجني عليه على عبد الغير وهو مع كونه ملكاً لسيده متعلّق لحق المجني عليه ، وهذا بخلاف المقام فإنّ ملك الدائن كـان في ذمّـة المديون فإذا فرضنا أنه ضرري ورفعناه بالحديث يتعيّن أن يكون ملكه متشخّصاً في الموجود الخارجي ، فما أفاده (قدّس سرّه) لا يرجع إلى أمر معقول .

ومن ذلك يظهر أيضاً أنّ نمـاء المـعزول للـدائـن وأنّ المـديون ليس له أن يتصرف فيه ويرجعه إلى ذمته اللهمّ إلّا أن يرضى به الدائن وحينئذ يكون تبديلاً ومعاملة معاطاتية .

بقي هناك أمران : أحدهما أنه ظهر من مطاوي ما ذكرناه عـدم وجـوب الحفظ على المشتري والمديون بعد عزله ، فإنّ المشتري وغيره من المؤمنين في ذلك سواء ، وإنما يجب عليهم حفظ مال الغير حسبة مع عدم تمكّن مالكه من حفظه ، وأمّا مع وجود مالكه وتمكّنه من حفظ ماله وعلمه بأنه يتلف على تقدير عدم قبضه فلا

يجب عليهم حفظه ، بل له أن يخبر الدائن بأنّ مالك في الطريق أو في المسجد وبه يسقط عن عهدته .

وثانيهما : أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[١] ذكر في طي كلماته أنّ مورد رواية لا ضرر من قبيل ما نحن فيه ، وأنّ النبي (صلّى الله عليه وآله) فيها ألغى ولاية سمرة على شجرته بحديث لا ضرر ، وفي المقام أيضاً تلغى ولاية الدائن على ماله بحديث لا ضرر ونحكم بتعيّنه بعزل المديون ، هذا .

ولا يخفى أنّ حكم النبي (صلّى الله عليه وآله) بقلع الشجرة وإلقائها إلى سمرة في الحديث ليس من جهة تطبيق قاعدة لا ضرر عليه وأنه مقتضى لا ضرر في الإسلام ، بل من جهة تأديب سمرة لعدم قبوله منحته (صلّى الله عليه وآله) حيث عوّضه بأكثر من شجرته في الدنيا والآخرة ولم يقبله ، وإلّا فالضرر على الأنصاري لم ينشأ عن بقاء ولاية سمرة على شجرته ، بل إنما نشأ من دخوله عليه بلا استئذان وإسقاط ولاية سمرة لم يكن من باب قاعدة لا ضرر كما بيّناه في بحث لا ضرر[٢] فراجع .

فرعان

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٣] فرعين في المقام .

أحدهما : أنّ الغاصب إذا قصد أخذ مقدار معيّن من مال مشترك بين زيد وعمرو بنيّة حصة أحدهما كزيد لعداوة بينه وبينه أو لصداقة بينه وبين عمرو

---

(١) المكاسب ٦ : ٢١٦ ـ ٢١٧ .

(٢) مصباح الأُصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٦١٦ وما بعدها .

(٣) المكاسب ٦ : ٢١٩ .

ولأجلها لا يريد الظلم عليه ، فهل يحسب التالف عليهما كما أنّ الباقي لهما ، أو أنّ التالف يختص بحصّة زيد ولا يحسب التالف عليهما من جهة قاعدة لا ضرر فإنّ حسابه عليهما ضرر على الشريك الآخر وهو عمرو فيحسب على من قصد الغاصب ظلمه ؟

وثانيهما : ما إذا لم يتصدّ الغاصب لأخذ حصة أحدهما من المال المشترك كما في الفرع الأول وإنما أكره الشريك الآخر على قسمة المال وإعطاء حصة زيد له فهل المغصوب يتلف من المال المشترك أو أنه يختص بحصة زيد من جهة قاعدة لا ضرر فإنّ حسابه على كليهما ضرر على الشريك الآخر الذي لم يقصد الظالم غصب حصته ، ومقتضى رفعه أن يثبت له ولاية على قسمة المال وتعيين حصة الشريك فيما أعطاه للغاصب ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في كلا الفرعين أنّ المغصوب يحسب من المال المشترك ولا وجه لجريان قاعدة لا ضرر في شيء من الفرعين .

وما أفاده (قدّس سرّه) هو المتين ، أمّا في الفرع الأول فلأنه لا دليل على كون نية الغاصب وقصده من أسباب القسمة فهي لا تؤثّر في تقسيم المال المشترك وتعيين حصة الشريك ، ولا يقاس ذلك بما نحن فيه فإنّ بقاء المديون مشغول الذمّة للدائن لمّا كان ضررياً على وجاهته بنينا بمقتضى قاعدة نفي الضرر على أنّ له ولاية في جعل ما في ذمّته مشخّصاً في الخارج ، وأمّا الغاصب فهو أجنبي عن المال رأساً فكيف تثبت له الولاية في تعيين حصة الشريك وإفرازها عن المال المشترك ، وهذا الفرع هو الذي نقل عن المحقّق الثاني[1] أنه لم يجد للأصحاب فيه تصريحاً بنفي ولا إثبات .

وأمّا الفرع الثاني فلأجل أنه لا وجه لاحتساب التالف من حصة أحدهما بعد

(١) جامع المقاصد ٥ : ٤٠ ـ ٤١ .

كون المال مشتركاً بينهما ، وغاية الأمر أنّ الداعي لأخذ الظالم هو كون المال مال زيد ، ولكن الداعي للغاصب لا يوجب اختصاص التالف بأحدهما مع كون المال مشتركاً بينهما ، ودعوى أنّ حسابه عليهما ضرري بالاضافة إلى الشريك الآخر المكره على التقسيم ، مدفوعة بعدم جريان القاعدة في مثل المقام ، لأنّ حسابه على أحدهما أيضاً ضرري على ذلك الشريك الذي احتسب التالف منه وبما أنّ القاعدة امتنانية فلا تجري في الموارد التي يلزم من جريانها خلاف الامتنان على شخص آخر ، والمقام نظير ما إذا أكرهه الظالم على أن يبيع ماله من زيد فيعطيه مال زيد أفيحتمل أحد جريان القاعدة في حق المكره بحيث يثبت له ولاية على زيد ويصح بيع ماله منه بالأصالة من قبل نفسه والولاية من قبل المشتري مع أنه موجب لتضرّره ، وهذا ظاهر .

ودعوى أنّ الضرر إذا توجّه إلى الغير لا يجب تحمّله بصرفه إلى نفسه ، وفي المقام الضرر متوجّه بحسب قصد الغاصب إلى خصوص أحدهما فلا يجب على الآخر تحمّله وصرفه إلى نفسه .

مندفعة بأنّ الضرر في المقام إنما توجّه على مال خاص وهو مشترك بينهما غاية الأمر أنّ الداعي للغاصب هو مال أحدهما ، وعليه فلا وجه لمقايسة شيء من الفرعين بالمقام ولا صلة بينهما وبين محل الكلام .

الكلام في عدم جواز تأجيل الدين الحال إلى مدّة في مقابل مال

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] بحسب المناسبة للمسألة المتقدّمة أنّ

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٢١ .

الدين إذا كان حالاً أو كان مؤجّلاً وقد حلّ فلا يجوز تأجيله أو تمديد أجله في مقابل شيء ، وكذلك الحال فيما إذا كان الدين مؤجّلاً إلّا أنه أراد تمديد مدّته بازاء مال فإنه رباً محرّم .

وقد نقل عن ظاهر الحدائق(١) وصريح غيره الاجماع على حرمته ، بل أفاد أنه لا يحتاج في إثبات حرمته إلى دليل خاص لكفاية المطلقات الدالّة على حرمة الربا في المقام ، فإنّ العرف لا يرى فرقاً في الربا بين التراضي على الزيادة في الابتداء كما إذا أقرضه عشرة بإحدى عشر ، وبين التراضي عليها بعد القرض لأجل تمديد أجله ، فإنّ الزيادة المأخوذة في مقابل الامهال رباً محرّم فيكفي إطلاقات حرمته في المقام .

ومحل كلامه (قدّس سرّه) هو تأجيل الدين بحذاء مال أي الدين الذي لو أخذ في مقابله شيء زائد عليه من الابتداء يكون رباً إذا لم يؤخذ الزائد عليه في الابتداء ولكن الزيادة أُخذت في مقابل الامهال وتأجيله يكون ذلك رباً محرّماً ، وأمّا بيع ما في الذمّة بجنسه ومماثله فهو خارج عن محطّ كلامه .

وينبغي أيضاً أن يكون كذلك لأنه مناسب لبحث البيع دون المقام ، فإنّ ما في الذمّة إذا كان من غير النقود كما إذا كانت على ذمّته عشرة أمنان من الحنطة وقد أراد بيعها بجنسها إلى أجل ، فلا إشكال في بطلانه حتى فيما إذا لم يكن هناك زيادة في الثمن عن مقدار مثمنه فضلاً عمّا إذا باعها بأكثر منه بحسب المقدار ، وذلك لأنّ للأجل قسطاً من الثمن فإذا باع عشرة أمنان من الحنطة نقداً بعشرة أمنان منها إلى مدّة فقد زاد في طرف المثمن ، لأنّ الحنطة المعجّلة تزيد قيمتها على المؤجّلة ، وإذا فرضنا أنه باعها بأكثر منها فقد حصلت الزيادة من جهتين من جهة الأجل ومن الزيادة في

(١) الحدائق ١٩ : ١٣٤ .

الثمن .

وكذا الحال إذا كان ما في ذمّته من النقود كالدرهم والدرهمين فإنه إذا باعها بمثلها إلى أجل تقع المعاملة باطلة فضلاً عمّا إذا باعها بأكثر منها ، والوجه فيه هو أنّ المعاملة حينئذ من بيع الصرف ويعتبر فيه التقابض في المجلس ولا يصح جعل أحدهما حالاً والآخر مؤجّلاً غير مقبوض ، نعم لا مانع من بيع ما في ذمّته في مقابل شيء آخر من غير جنسه ولو كان بأكثر منه بحسب القيمة أيضاً كما إذا باع عشرة أمنان من الحنطة بعشرة أذرع من الكرباس وكانت قيمة الكرباس أضعاف قيمة الحنطة ، وكيف كان فبيع ما في الذمّة خارج عن محطّ كلامه (قدّس سرّه) .

والحقّ ما أفاده (قدّس سرّه) من حرمة التأجيل في مقابل الزيادة ، وذلك من جهة دلالة الروايات الواردة بطرقنا وهي طائفتان :

إحداهما : ـ وهي مشتملة على صحيحة وموثّقة وغيرهما[١] ـ ما دلّت على جواز التنقيص في الدين كما إذا كان عليه دين مائة دينار إلى شهر وقال له الدائن انقدني في تسعين ديناراً بالفعل والباقي لك ، قال (عليه السلام) لا بأس به ، أو إذا قال له انقدني نصفه أمهلك في النصف الآخر شهراً زائداً ، وهو أيضاً ممّا لا بأس به كما نصّ به (عليه السلام) وقد علّل (عليه السلام) الجواز في كلا الموردين بأنه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٢] فيستفاد من تعليله (عليه السلام) عدم الجواز فيما إذا استلزمت المعاملة زيادة في رأس المال كما في المقام ، فإنّ رأس ماله قبل التأجيل كان هو العشرة وبعده صار إحدى عشر وهو محرّم .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤٤٨ / كتاب الصلح ب ٧ .

(٢) البقرة ٢ : ٢٧٩ .

الطائفة الثانية : ما وردت[١] في تعليم طريق الفرار من الربا بأنّ من أراد التأجيل في دينه يشتري من الدائن مالاً بأضعاف قيمته ويشترط في ضمنه التأجيل له في دينه ، فإنّ هذه المعاملة الثانية وصلة إلى التأجيل بعوض ولكنّه بطريق شرعي وقد اعترضت العامّة عليه بأنه بالأخرة توجب الزيادة على رأس المال لأنّ البيع الثاني وصلة إليها ، فأجاب (عليه السلام) في بعض الأخبار بأنه نعم الطريق يخلص من الحرام ويبدله إلى الحلال[٢]، ولولا حرمة أخذ الزيادة في مقابل التأجيل لما كان لبيان هذه الطرق وجه بل كانوا يصرّحون بجواز أخذها في مقابل التأجيل .

وأمّا ما روي عن ابن عباس في مجمع البيان[٣] من أنّ أهل الجاهلية كانوا يزيدون في الأجل بحذاء الزيادة ومنعهم الرسول (صلّى الله عليه وآله) عن ذلك وتعجّبوا منه بأنه مثل البيع من الابتداء بالزيادة كما إذا باعه بخمسة وعشرين من الابتداء ، ولا فرق بينه وبين ما إذا باعه بعشرين إلى شهر ثمّ أخذ منه خمسة لامهاله إلى شهر آخر ، فردّهم الله تعالى بقوله : ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٤] فهو مناسب للتأييد لا للاستدلال لعدم حجّيته .

الكلام في جواز بيع العين الشخصية المشتراة بثمن مؤجّل من بائعها ثانياً وعدمه

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[٥] أنه إذا ابتاع عيناً شخصية بثمن إلى

---

(١) الوسائل ١٨ : ٥٤ / أبواب أحكام العقود ب ٩ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٧٨ / أبواب الصرف ب٦ ح١ ، ٢ .

(٣) مجمع البيان ١ : ٣٨٩ .

(٤) البقرة ٢ : ٢٧٥ .

(٥) المكاسب ٦ : ٢٢٥ .

أجل يجوز له بيعها من بائعها ثانياً قبل حلول الأجل وبعده بجنس الثمن وغيره أقلّ منه أو أكثر أو مساوياً ، وقد تعرّض (قدّس سرّه) تحت هذا العنوان لمسائل ثلاث :

الأولى : جواز بيع العين الشخصية المشتراة بثمن إلى أجل من بائعها ثانياً بعد حلول الأجل بأنقص من ثمنه ، كان الثمن من جنس الثمن الأول أو من غير جنسه ، والمشهور ذهبوا فيها إلى الجواز ، وخالفهم الشيخ الطوسي (قدّس سرّه)(١) فذهب إلى حرمته ، وهذه المسألة مربوطة بمسألة النقد والنسيئة التي نحن فيها وبينهما علاقة كما لا يخفى .

الثانية : جواز بيع المكيل والموزون المبتاعين من بائعهما ثانياً ، كان الثمن من جنسهما أو من غير جنسهما قبل حلول الأجل وبعده وعدمه ، والموجود في كلام الشيخ (قدّس سرّه) وإن كان هو عنوان الطعام إلّا أن المراد منه مطلق المكيل والموزون كما يظهر من دليله ، وهذه المسألة لا علاقة بينها وبين ما نحن فيه وهو مسألة النقد والنسيئة بل هي مربوطة بمسألة المكيل والموزون ، فإنّ البحث فيها من جهة عدم جواز ردّ المكيل والموزون عوضاً عن المبيع الذي هو أيضاً من المكيل والموزون وإن لم تكن المعاملة نسيئة .

الثالثة : ما إذا باع عيناً شخصية واشترط على المشتري بيعها منه ثانياً وأنها صحيحة أو فاسدة ، وهذه هي التي تقدّمت الاشارة إليها ووردت فيها طائفتان من الأخبار إحداهما تثبتها وثانيهما تنفيها .

أمّا المسألة الأُولى أعني ما إذا ابتاع عيناً شخصية بثمن مؤجّل ثم أراد أن يبيعها من بائعها الأول ثانياً بعد حلول الأجل بأنقص من ثمنه الأول ، فالمشهور فيها هو الجواز ، وخالفهم في ذلك الشيخ الطوسي فذهب إلى عدم الجواز .

---

(١) النهاية : ٣٨٨ ، التهذيب ٧ : ٣٣ ، الاستبصار ٣ : ٧٧ .

لا إشكال في أنّ مقتضى القاعدة والعمومات والاطلاقات هو الذي ذهب إليه المشهور لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(١) و ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾(٢) وغيرهما ، فإنّ بيعها من بائعها ثانياً من أحد أفراد العقود والمعاملات ، وليس فاقداً لشرط من شروط صحة البيع ولا واجداً لمانع من موانعها والناس مسلّطون على أموالهم ، وللمشتري أن يبيع ماله من كل شخص حتى من بائعه ، كما أنّ البائع متمكّن من أن يبيع ماله من كل أحد حتى من المشتري ، فما ذهب إليه المشهور هو الموافق للعمومات والاطلاقات ، هذا كلّه .

مضافاً إلى الروايات الخاصة الدالّة على صحّة المعاملة في المقام وهي ثلاث ثنتان منها صحيحتان وإحداها غير معلوم الصحة ولكنّها مؤيّدة للروايتين الأوّلتين .

أمّا الصحيحتان فإحداهما صحيحة بشّار بن يسار وفيها « عن الرجل يبيع المتاع بنسأ فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه ، قال نعم لا بأس به »(٣) وهذه الرواية ناصّة في أنّ المبيع ثانياً هو الذي وقع عليه البيع نسيئة أوّلاً وغير صريحة في أنّ البيع الثاني كان بأقل من ثمنه الأول أو بأكثر منه ، كما أنها غير صريحة في أنه بعد حلول الأجل أو قبله ، إلّا أنها مطلقة من هاتين الجهتين لأنها دلّت على جواز البيع المذكور مطلقاً كان بثمن أقل أو أكثر وكان بعد حلول الأجل أم قبله ، فهي باطلاقها يشمل المقام وهو بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجّل من بائعها ثانياً بعد حلول الأجل بأنقص من ثمنه الأول .

---

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٣ .

وثانيتهما : صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) وفيها « رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي عندي فرضي ، قال (عليه السلام) لا بأس بذلك »(١) وهذه الصحيحة صريحة في أنّ البيع الثاني بعد حلول الأجل لقوله « يتقاضاه » فإنّ استحقاق مطالبة الثمن إنما هو بعد حلول الأجل لا قبله واستفدنا منه أنه بعد الحلول وإلّا فلا يجوز له المطالبة قبله ، إلّا أنّها غير صريحة في أنّ المبيع الثاني عين المبيع الأول ولعلّه غنم اُخرى غير الغنم التي اشتراها من البائع الأول ، كما أنها غير صريحة في أنه باعه الغنم بأنقص من ثمنها أو بأكثر فيتمسّك من هذه الجهة باطلاقها ، فهاتان الصحيحتان دلّتا على جواز البيع في المقام باطلاقهما وإن لم يدلّا عليه بنصّهما ، ولكن الاطلاق فيهما كافٍ في إثبات صحة المعاملة في المقام .

ويؤيّدهما رواية علي بن جعفر عن كتابه وهي ثالث الروايات في المقام وفيها سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم ، قال (عليه السلام) لا بأس به(٢) وهي صريحة في أنّ الثمن أنقص من الثمن الأول ، فعلى تقدير تمامية سند الكتاب المذكور لا بأس بالاستدلال بها في المقام ، وكيف كان فمقتضى العمومات وهذه الروايات الخاصّة صحة البيع في المقام .

وقد استدلّ الشيخ (قدّس سرّه) على مذهبه بروايتين إحداهما : رواية خالد بن الحجّاج وفيها قال « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاماً يتأخّر إلى أجل مسمّى فلمّا جاء الأجل أخذته بدراهمي ، فقال ليس عندي دراهم ولكن

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤٠ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٢ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٦ .

عندي طعام فاشتره منّي ، فقال (عليه السلام) لا تشتره منه فإنه لا خير فيه »[١] وادّعى (قدّس سرّه) أنّ مقتضاها حرمة بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجّل من بائعها ثانياً بأنقص من ثمنه بعد حلول الأجل .

ولكن الرواية أجنبية عن ذلك بالكلّية وذلك **أمّا أوّلاً** : فلعدم صراحة الرواية في أنّ الطعام الثاني الذي أراد بيعه من البائع ثانياً هو عين الطعام الذي اشتراه منه أوّلاً إلى أجل ولعلّه غيره فإنه نكرة في كلا الموردين وتكرار النكرة بعد النكرة يقتضي التعدّد والمغايرة على ما يقال ، كما إنّ تكرار المعرفة بعد المعرفة يقتضي العينية والاتّحاد كما ادّعوه في قوله تعالى **﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً﴾**[٢].

وثانياً : أنّ هذه الرواية ممّا لا يرضى به الشيخ (قدّس سرّه) أيضاً ، لأنّ مقتضاها وإطلاقها عدم جواز البيع ثانياً من البائع ولو بأكثر من ثمنه والشيخ يرى جوازه وإنما يمنع عن البيع بالنقيصة ، كما أن مقتضاها عدم جواز البيع ثانياً ولو بثمن مساوٍ وهذا ممّا لا ينكره الشيخ (قدّس سرّه) أيضاً .

وثالثاً : أنّ الظاهر من مثل قوله (عليه السلام) « لا خير فيه » هو الكراهة لا عدم الجواز نظير قوله « لا ينبغي » .

ورابعاً : أنّ الرواية ضعيفة السند ظاهراً فلابدّ من المراجعة ، فمقتضى ذلك هو الحمل على الكراهة لا عدم الجواز .

وثانيتها : رواية عبدالصمد[٣] وهذه الرواية كسابقتها في الضعف ظاهراً

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣١١ / أبواب السلف ب١٣ ح٣ .

(٢) الشرح ٩٤ : ٥ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٣١٢ / أبواب السلف ب١٢ ح٥ .

مضافاً إلى أنّها مجملة بحسب الدلالة ، وبيان ذلك : أنّ الرواية صريحة في أنّ البيع إنما هو بعد الأجل كما أنّها صريحة في أنّ المبيع أوّلاً هو الذي يراد بيعه ثانياً ، فمن هاتين الجهتين توافق الرواية مذهب الشيخ (قدّس سرّه) وتطابقه ، فلو كانت ظاهرة أيضاً في أنّ البيع الثاني كان بثمن أقل من الثمن الأول لتمّت دلالتها على مسلك الشيخ وأوجبت الالتزام به ، فتكون هذه الرواية حينئذ مع الغضّ عن سندها موجبة لتخصيص العمومات وتقييد الاطلاقات الدالّة على جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجّل من بائعها ثانياً بثمن أقل من ثمنها الأول .

إلّا أنّ الأمر ليس كذلك وليست الرواية ظاهرة في أنّ الثمن كان أقل من ثمنه السابق بل هي من هذه الجهة مجملة . ولو أغمضنا عن إجمالها فهي تقتضي المنع حتى إذا كان الثمن أكثر ، والوجه في إجمالها من هذه الجهة هو أنّ السائل يسأل فيها الإمام (عليه السلام) عن أنّي أبيع الطعام من رجل إلى أجل فيجيئني وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم ، قال خذ منه بسعر يومه ، فقال السائل إنه طعامي الذي اشتراه منّي ، فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك ثمنك ، فقال السائل أرغم الله أنفي رخّص لي فرددت عليه فشدّد عليّ .

والتغيّر في سعر الطعام إمّا بالنقيصة وإمّا بالزيادة ولا ثالث في البين ، فإن كان المراد منه هو النقيصة كما يساعده قول السائل أرغم الله أنفي ، فالرواية لا بأس بدلالتها على مطلب الشيخ كما مرّ ، ولكن الظاهر من التغيّر هو التغيّر بالزيادة كما يساعده ردّ السائل في قوله إنه طعامي الذي اشتراه أي إنه هو الذي بعته بقيمة رخيصة فكيف أشتريه بالزيادة التي هي سعر يومه ، وأجابه (عليه السلام) إذن لا تشتره ودعه حتى يبيعه في السوق ويعطيك ثمنك .

ومنه يظهر أنّ الإمام (عليه السلام) ليس بصدد الحكم المولوي على كلا تقديري التغيّر بالنقيصة أو الزيادة ، وإنما هو (عليه السلام) في مقام بيان حلّ المسألة

التي هو فيها فيرشده إلى اشترائه منه بقيمة يومه لئلّا يبقى قيمته في ذمّة المشتري ولمّا لم يرض به البائع بدعوى أنه الذي بعته بقيمة ناقصة فكيف أشتريه بالزيادة فأرشده إلى أمر آخر وهو إنّك لا تشتره حينئذ حتى يبيعه في السوق بتلك القيمة السوقية الزائدة ويؤدّي ثمنك، فالرواية كما نقله في الحدائق[١] عن بعضهم ليست في مقام بيان الحكم المولوي بوجه، فما ذكره البعض هو الصحيح.

نعم لا ينبغي الإشكال في أنّ السائل فهم من جوابه (عليه السلام) المنع المولوي عن شرائه ولو بالقيمة الزائدة ولذا قال «أرغم الله أنفي رخّص لي فرددت عليه بالسؤال ثانياً فشدّد عليّ» إلّا أنّ الصحيح أنه لم يفهم مراد الإمام (عليه السلام) لأنّه كما بيّناه في مقام الاصلاح وبيان ما هو الطريقة العقلائية في مثله، وعليه فلا دلالة في هذه الرواية أيضاً على مطلب الشيخ (قدّس سرّه) كي يخرج بها عمّا تقتضيه الاطلاقات والعمومات كما عرفت.

ثم إنّ هناك وجهاً ثالثاً لمطلب الشيخ (قدّس سرّه) وبه يكون الوجوه المستدلّ بها على مطلبه ثلاثة وملخّصه: أنّ الشيخ (قدّس سرّه) قاس المقام بباب السلم في المكيل والموزون وغيرهما حيث دلّت الروايات في باب السلم على عدم جواز بيع المبيع الذي اشتراه المشتري من بائعه الأول، ففي رواية علي بن جعفر «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أيأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قوّمه دراهم فسد، لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصح دراهم بدراهم»[٢] وقد دلّت على أنّ بيع التمر مثلاً على المشتري بالدراهم غير جائز لأنه يرجع إلى بيع الدراهم بالدراهم بواسطة واحدة، لأنّ البائع أوّلاً باع التمر بالدراهم ثم باع المشتري ذلك

---

(١) الحدائق ١٩ : ١٣٠.

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٠٨ / أبواب السلف ب١١ ح١٢.

التمر بالدراهم فكأنّهما بدّلا الدراهم بالدراهم ، والنقص والزيادة في بيع الدرهم بالدرهم محرّمان ، فإذا ثبت هذا الحكم في السلم فثبت عكسه في المقام لا محالة ، فإنّ المؤجّل في السلم هو المبيع وفي المقام هو الثمن ، فإذا آل بيع التمر بالدراهم من البائع بعد بيعه بها من المشتري إلى بيع الدرهم بالدرهم ففي المقام أيضاً إذا باع طعاماً بثمن مؤجّل ثم أراد تبديل الثمن بالطعام يؤول إلى بيع الطعام بالطعام بواسطة واحدة وفي مثله لا يجوز أخذ الزيادة فإنها يؤول إلى بيع عشرة أمنان من التمر في مقابل إحدى عشر منّاً منه وهو غير جائز ، أو في مقابل عشرة أمنان ودرهم ، هذا .

ويدفعه : أنّ هذا المعنى لو ثبت في السلم لاقتضى حرمة المعاملة مطلقاً سواء كان المبيع شخصياً أم كان كلّياً ، فإذا باعه عشرة أمنان من الحنطة على نحو الكلّي في الذمّة بدراهم ثمّ باع المشتري من البائع عشرة أمنان أُخر من الحنطة بالدراهم فهذا أيضاً يرجع إلى بيع الدراهم بالدراهم ، مع أنّ صحة البيع المذكور ممّا لا خلاف فيه هذا أوّلاً .

وثانياً : أنّ الرواية المانعة عن ذلك في السلم في موردها معارضة برواية أُخرى(١) تدلّ على جواز البيع المذكور فراجع ، والشيخ أيضاً غير ملتزم بذلك فيما ذكرناه من بيع الكلّي في السلم .

وثالثاً : أنّ ذلك قياس محض . فالمتحصّل أنّ ما ذهب إليه المشهور هو الصحيح ولا دليل على ما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه) هذا تمام الكلام في المسألتين من المسائل الثلاث .

ويبقى الكلام في المسألة الثالثة المعبّر عنها في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٠٨ / أبواب السلف ب ١١ ح ١١ .

سرّه)[١] بالمستثنى وهي ما إذا اشترط في البيع الأول بيعه منه ثانياً فقد ذهبوا إلى بطلانه ، وعلّله العلّامة (قدّس سرّه)[٢] بالدور ، وغيره علّله بعدم القصد للبيع في مثله واقعاً ، وعلّله صاحب الحدائق (قدّس سرّه)[٣] بدلالة الأخبار على بطلانه .

وظاهر كلماتهم أنّ نفس المعاملة باطلة من جهة بطلان شرطها واستحالته وقد عرفت أنّ العلّامة (قدّس سرّه) علّله بالدور لأنّ بيع المشتري من البائع يتوقّف على ملكه وهو يتوقّف على بيعه من البائع وهذا دور ظاهر .

ولا يخفى أنّ هذا التعليل من مثل العلّامة (قدّس سرّه) بل ممن هو دونه غريب فإنّ الشرط المصطلح عليه في المعاملات ليس هو الشرط الفلسفي أعني ما يتوقّف عليه وجود الشيء المشروط به وإلّا فلازمه بطلان المعاملات المشروطة ، فإنّ معناه أنّ المعاملة معلّقة على وجود شرطها في الخارج بحيث لولاه لما يتحقّق المعاملة في الخارج والتعليق في العقود مبطل اجماعاً ، بل الشرط على ما بيّناه سابقاً بمعنى آخر وملخّصه : أنّ المعاملات المشروطة إنما تكون معلّقة على التزام الطرف بالشرط حين المعاملة ، وبما أنّ الالتزام حاصل بالفعل فلا يكون التعليق فيه مبطلاً ، كما أنّ الالتزام بالمعاملة معلّق على وجود الملتزم به في الخارج كما في مثل الخياطة بحيث لولاه لما يلتزم البائع ببيعه ، وعليه فوجود الشرط وعدمه خارجان عن البيع والمعاملة لأنها متحقّقة سواء تحقّق الخياطة أيضاً في الخارج أم لم يتحقّق ، نعم على تقدير عدم تحقّقه يثبت للبائع الخيار .

وكيف كان فليست المعاملة والملكية متوقّفة على وجود الشرط في الخارج

(١) المكاسب ٦ : ٢٣٢ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٢٥١ .

(٣) الحدائق ١٩ : ١٢٨ ـ ١٢٩ .

وهو في المقام عبارة عن بيع المشتري من البائع ثانياً ، فمقام العلّامة (قدّس سرّه) وجلالته تقتضي إرادة غير ظاهر كلامه .

ومن هنا وجّهه شيخنا الأنصاري بأنّ مراد العلّامة (قدّس سرّه) من الدور في المقام هو أنّ الشرط الصحيح في ضمن المعاملات لابدّ أن يكون أمراً صحيحاً ومعقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع والمعاملة ، ومن البديهي أنّ بيع المبيع من بائعه لولا بيعه من المشتري غير معقول ، فإنّ المالك كيف يشتري ملك نفسه فصحة الشرط ومعقوليته في المقام متوقّفتان على البيع كما هو واضح ، والمفروض أنّ صحة البيع أيضاً مشروطة ومتوقّفة على وجود شرطها فيدور .

وهذا التوجيه في نفسه لا بأس به ، لأنّ الشرط لابدّ من أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن مشروطه ، وعليه فلا يرد عليه النقض باشتراط بيعه من غير البائع ، فإنّ البيع من غير البائع في نفسه أمر معقول بالوكالة أو بنحو البيع الفضولي وهذا بخلاف البيع من نفس البائع فإنه غير معقول لأنّ المالك لا يشتري ملك نفسه ولكنّه مع ذلك غير قابل للتصديق نقضاً وحلاً .

أمّا نقضاً : فلأنّ العلّامة (قدّس سرّه) خصّ إشكال الدور في المقام بخصوص اشتراط البيع من البائع ثانياً ، ولم يلتزم ببطلان المعاملة في مثل اشتراط الاجارة منه ، مع أنّ هذا الإشكال بعينه وارد على الاجارة أيضاً ، لأنّ الاجارة من البائع أيضاً مع قطع النظر عن بيعه من المشتري غير معقولة ، لأنّ المالك لا يستأجر ملك نفسه ، ونظيره ما إذا اشترط البائع رهن المبيع عنده وثيقة لدين ، فإنّ الرهن عند البائع مع قطع النظر عن بيع البائع من المشتري غير معقول فإنه بمعنى الوثيقة وكيف يجعل ملك نفس البائع وثيقة له لدين شخص آخر ، مع أنّ العلّامة لم يستشكل في صحة اشتراط الرهن بوجه ، وهذا ظاهر .

وأمّا ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في مقام الجواب وتصحيح

اشتراط الرهن فلم نفهم له وجهاً محصّلاً ، فإنه (قدّس سرّه) صحّحه بأنّ الرهن من توابع الملك فلا مانع من اشتراطه .

وفيه : أنّ الرهن وإن لم تعتبر فيه الملكية لصحة أن يكون الرهن ملك شخص آخر غير الراهن بإذنه وإجازته إلّا أنّ الكلام في المرتهن فإنه لا يعقل أن يكون المرتهن مالكاً للرهن إذ لا يبقى معه الوثاقة كما هو ظاهر ، وكون الرهن من توابع الملك لا يجعل المستحيل ممكناً .

وأوضح منه ما إذا اشترط البائع وقف المبيع عليه على المشتري فإنّ الوقف مع قطع النظر عن بيع البائع غير صحيح ، لأنّ المالك لا يصح أن يقف ملك نفسه على نفسه لأنّ الوقف على النفس باطل ، مع أنّ العلّامة (قدّس سرّه) لا يستشكل في شيء من هذه الفروع .

وأمّا الحل : فهو أنّ الشرط وإن كان يعتبر فيه أن يكون صحيحاً وسائغاً في نفسه مع قطع النظر عن مشروطه ، إلّا أنّ الشرط في المقام بمعنى الالتزام ، والتزام المشتري على أن يبيع المبيع من البائع ممّا ليس فيه مرجوحية ولا استحالة عقلاً ومن هنا لو حلف المشتري على بيعه منه يقع حلفه صحيحاً وسائغاً إذ لا مرجوحية فيه أبداً ، وأمّا الملتزم به أعني البيع من البائع فهو أيضاً أمر معقول في نفسه وليس فيه استحالة . ودعوى أنه متوقّف على بيع البائع ولولاه لما يتمكّن المشتري من بيعه مدفوعة بأنه وإن كان كذلك إلّا أنّا ذكرنا في باب الشروط أنّ القدرة على الشرط إنما يعتبر في ظرفه ولا مانع من اشتراط أمر غير معقول ولا مقدور حين المعاملة فيما إذا كان مقدوراً له في ظرفه ، فالانصاف أنّ هذا التعليل عليل غايته .

وأغرب من ذلك : ما ذكره الشهيد (قدّس سرّه)[1] في وجه بطلان المعاملة في

---

(١) غاية المراد ٢ : ٧٨ .

المقام : من أنّ البائع غير قاصد فيه للبيع حقيقة ، إذ لو كان قاصداً لاخراج ملكه عن تحت سلطنته لم يكن وجه لاشتراطه البيع منه ثانياً .

وفيه : أنه لو لم يقصد البيع حقيقة لوقعت المعاملة باطلة ، سواء اشترط في ضمنها البيع منه ثانياً أم لم يشترط ، مع أنّ هذا الاشتراط نظير اشتراط البيع عند مجيء البائع بمثل الثمن في بيع الخيار بلا فرق بينهما ، فهذا الوجه أيضاً ساقط .

وأمّا ما أفاده صاحب الحدائق (قدّس سرّه) من أنّ بطلان المعاملة حينئذ مستند إلى رواية الحسين بن منذر[1] حيث يُسأل (عليه السلام) فيها عن بيع الشيء واشترائه من المشتري ثانياً وهو في مكانه ، فأجاب (عليه السلام) بأنه إن كان بحيث له أن يبيعه وله أن لا يبيعه وكان البائع بحيث له أن يشتريه وله أن لا يشتريه لا بأس به . ونظيرها بل أظهر منها رواية علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) قال « سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أيحلّ ؟ قال (عليه السلام) إذا لم يشترطا ورضياه فلا بأس »[2] فراجع . وقد استدلّ بهما على بطلان المعاملة فيما إذا لم يكن المشتري متمكّناً من عدم بيعه لأجل الاشتراط .

ففيه : أنّا لو أغمضنا النظر عمّا في سند الروايتين فدلالتهما على بطلان المعاملة غير تامّة ، فإنّ ظاهرهما أنّ الباطل هو البيع الثاني الذي هو مورد السؤال فيهما وهو الذي اختلف فيه أهل المسجد وأفتوا ببطلانه ، مع أنّ محل الكلام في المقام هو صحة البيع الأول وبطلانه دون البيع الثاني كما لا يخفى .

ثم إنّ الظاهر من الروايتين أنّ الاشتراط المذكور فاسد بمعنى أنه منهي عنه وضعاً لا أنه محرّم تكليفي فقط ، وعليه إن قلنا بأنّ الشرط الفاسد يفسد المشروط

---

(١) الوسائل ١٨ : ٤١ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٢ / أبواب أحكام العقود ب ٥ ح ٦ .

لكان البيع الأول أيضاً في المقام فاسداً ، إلّا أنّك عرفت خلافه ، وعليه فلا مانع من اشتراط البيع من البائع ثانياً كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ، هذا كلّه .

على أنّ سند الروايتين ضعيف ، أمّا رواية علي بن جعفر فلاشتمال سندها على عبدالله بن الحسن وهو ممّن لم يتعرّضوا له في الرجال لا بقدح ولا بمدح ، فلم تثبت وثاقة الرجل بعد التتبّع الأكيد .

وأمّا رواية الحسين بن منذر فلأنّه مردّد بين شخصين كلّ منهما لم تثبت وثاقته ، هذا تمام الكلام في النقد والنسيئة .

الكلام في مفهوم القبض وأحكامه

قد ذكروا للقبض معانٍ متعدّدة وقالوا إنه عبارة عن التحويل والنقل .

وعن آخر أنّ معناه التخلية .

وعن ثالث التفصيل بين المنقول وغير المنقول . وربما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ القبض بمعنى التخلية في غير المنقول بالاجماع .

وعن رابع التفصيل بين الحيوان وغيره وفي الحيوان بين العبد وغيره ، إلى غير ذلك من التفاصيل التي تعرّض لها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١).

والظاهر أنّ القبض ليست له حقيقة شرعية ولا حقيقة متشرّعية وإنما هو باقٍ على معناه العرفي ، ولم يستعمل في لسان الشارع أو المتشرّعين في معنى خاص غيره ، ومعناه العرفي واضح ، ولا يكاد يلتبس على أحد من أهل العرف والعرب ولا على غيرهم فيما يرادف القبض من سائر اللغات ، وهو عبارة عن الأخذ باليد أو الأخذ على نحو الاطلاق وعن الاستيلاء على الشيء وكونه تحت يده واختياره . وبعبارة أُخرى القبض هو ما يتحقّق به الغصب وهذا هو معناه العرفي وهو واحد ولكنّه يختلف باختلاف موارده ومحقّقاته ، فقبض كلّ شيء بحسبه ، فقبض الدراهم عبارة عن أخذها باليد التي هي عضو مخصوص ، أو عبارة عن جعله في صندوق كما

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٤١ ـ ٢٤٣ .

إذا قال للمشتري ضع الثمن في صندوقي ، كما أنّ قبض الدار عبارة عن الاستيلاء عليها لأنّها لا يمكن أن تقع في اليد التي هي عضو خاص . وقبض الفرس وغيره من الحيوانات الكبيرة بالتسلّط عليه ولو بأخذ لجامه أو بركوبه على ظهره وهكذا .

والمتحصّل : أنّ قبض كل شيء بحسبه ومعناه واحد والاختلاف في الموارد والمحقّقات ، وعليه ففي كل مورد ورد فيه لفظ القبض نحمله على هذا المعنى العرفي ما لم يقم دليل على إرادة معنى آخر منه .

وربما يرد في لسان الدليل عنوان القبض وتقوم القرينة على إرادة معنى آخر منه غير معناه العرفي بحيث يكون إطلاق القبض عليه مبنيّاً على ضرب من المسامحة ، وهذا كما ورد من وجوب إقباض المبيع على البائع ووجوب إقباض الثمن على المشتري أو وجوب تسليمه ، فإنّ المراد بالاقباض فيهما لا يمكن أن يكون هو المعنى العرفي أي جعل المبيع مقبوضاً للمشتري ، فإنّ القبض فعل للمشتري وأمر خارج عن تحت قدرة البائع فكيف يكلّف البائع على ما لا يقدر عليه ، وكذلك الحال في طرف المشتري ، فمنه يعلم أنّ المراد بالاقباض والتسليم في مثلهما هو التخلية بين المال ومالكه ورفع الموانع عن أخذه لا جعله مقبوضاً للطرف كما هو ظاهر النبوي (صلّى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه »[1] فإنه ظاهر في وجوب الأداء المتوقّف على قبض المالك ، فإنّ التأدية في الخارج لا تحصل إلّا به ، إلّا أنه كما مرّ في محلّه ضعيف فلابدّ من حمله أيضاً على التخلية .

ويمكن أن يقال : إنّ المراد بالتأدية في الرواية أيضاً ما ذكرناه ، فإنّ تأدية الغاصب ليست إلّا التخلية ورفع سلطنته عن مال غيره ، فإنّ تأدية كل شخص

---

(١) المستدرك ١٤ : ٨ / كتاب الوديعة ب١ ح١٢ .

بحسبه وسيأتي تحقيق حال المسألة في محلّها إن شاء الله تعالى .

وربما يرد عنوان القبض في لسان الدليل ويتردّد بين المعنيين ويشك في أنه بمعنى التخلية أو بمعنى القبض العرفي وهذا كما في ضمان المبيع على بائعه ما لم يقبضه من المشتري فإنه يتردّد في مثله في أنّ الضمان هل يرتفع عن البائع بمجرد التخلية بين المبيع والمشتري وعن المشتري بمجرد تخليته بين الثمن والبائع ، أو لا يرتفع حتى يحصل القبض في الخارج ، وسيأتي تحقيق هذه المسألة أيضاً في محلّها .

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أشار في المقام إلى تلك المسألة وأفاد : أنّا إن استفدنا في الحكم بالضمان على النبوي (صلّى الله عليه وآله) أعني قوله « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »(١) فلابدّ من إرادة المعنى الأول منه وهو اعتبار قبض المشتري في ارتفاع الضمان عن البائع .

كما أنّا إن استندنا إلى رواية عقبة بن خالد(٢) « حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته » فلابدّ من إرادة المعنى الثاني وهو كفاية مجرد التخلية في ارتفاع الضمان ، وذلك لأنّ قوله « حتى يقبض » وإن كان ظاهراً في قبض المشتري إلّا أنّ تعقيبه بقوله « ويخرجه من بيته » بعد الاتّفاق على عدم اعتبار الاخراج من البيت في ارتفاع الضمان لا عند الشيعة ولا عند السنّة ، وتعيّن حمله على الكناية عن رفع السلطنة عن المال ورفع الموانع عن قبض مالكه ، يكون قرينة على إرادة التخلية من القبض ، وتحقيق هذه المسألة يأتي في محلّها إن شاء الله تعالى .

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب٩ ح١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب١٠ ح١ .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تعرّض في المقام لمسألة أُخرى وهي ما تقدّم في محلّه[١] من أنّ بيع المكيل والموزون بعد شرائهما لا يجوز قبل قبضهما، كما أنه اشتملت الأخبار على النهي عن بيع المكيل والموزون بعد شرائهما من دون كيله أو وزنه ثانياً إمّا على نحو الكراهة وإمّا على نحو الحرمة فيما إذا باعهما بغير بيع التولية أعني البيع بلا مرابحة وإيكال البيع إلى المشتري، وأمّا إذا باعهما بالتولية فلا مانع من بيعهما بلا كيل أو وزن، ووقع الخلاف على ما في المسالك[٢] في أنّ المعتبر والرافع للنهي في بيع المكيل والموزون هل هو أمران أحدهما القبض والآخر كيله ووزنه ثانياً، أو أنّ المعتبر والرافع للكراهة أو الحرمة شيء واحد وهو كيله أو وزنه فالقبض فيهما بمعنى الكيل والوزن، وسيأتي تحقيق هذه المسألة أيضاً في محلّها كما مرّ ذكر منها في بيع المكيل والموزون.

وكيف كان، فهاتان المسألتان اللتان تعرّض لهما شيخنا الأنصاري في المقام غير مربوطتين بتحقيق مفهوم القبض كما هو ظاهر فإنّهما مسألتان اختلافيتان لابدّ من التعرّض لهما في محلّهما، وقد عرفت مفهوم القبض عرفاً، وعليه يحمل القبض في كل مورد ورد فيه كما في البيع والهبة والرهن والصرف والوقف ونحوها حتى يقوم دليل على إرادة معنى آخر منه.

الكلام في وجوب التسليم على المتبايعين

لا ينبغي الإشكال في وجوب التسليم على كل واحد من المتعاملين عند

---

(١) [لم نعثر عليه في مظانه].

(٢) المسالك ٣: ٢٤٣.

تسليم الآخر كما لم يستشكل فيه أحد وهو ممّا لا كلام فيه ، وإنّما الإشكال والكلام فيما إذا امتنعا عن التسليم فهناك وجوه وأقوال :

فعن الأردبيلي (قدّس سرّه)(١): أنّ التسليم واجب عيني على كل منهما بلا اشتراط ، فإذا فرضنا أنّ أحدهما عصى لهذا الواجب الشرعي فعصيانه لا يرخّص في عصيان الآخر لتكليفه كما هو ظاهر ، فيجب على كل منهما البذل والتسليم وإن امتنع الآخر عن ذلك .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنّهما يجبران على التسليم حينئذ فإنه واجب على كل منهما وحيث امتنعا عمّا وجب في حقّهما فيجبرهما الحاكم عليه .

وعن ثالث : أنّ التسليم واجب على البائع ابتداءً وبعده يجب على المشتري لأنّ الثمن عوض والعوض متأخّر عن المعوّض لا محالة .

ولكن الانصاف عدم إمكان المساعدة على شيء من هذه الأقوال .

أمّا ما ذهب إليه الأردبيلي (قدّس سرّه) فلأجل أنّ التسليم غير واجب على كل واحد من المتعاملين على وجه الاطلاق ، ولم يجر عمل العقلاء على تكليف كل من المتعاملين بالتسليم ودفع ماله إلى الآخر وإن لم يسلّمه الآخر عوضه ولا يسلّمه أيضاً إلى الأبد لعصيان ونحوه ، بل معاملاتهم مبنية على وجوب التسليم على كل منهما عند تسليم الآخر وإعطائه ، فقد اشترط التسليم عند تسليم الآخر في ضمن معاملاتهم فلا يجب إلّا عند تسليم الآخر . نعم الملكية تحصل بمجرد المعاملة ولكن لا يجب على كل منهما تسليم ما عنده إلى الآخر ما دام لم يسلّم الآخر بدله حسب الاشتراط الضمني الثابت ببناء العقلاء وعملهم .

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ٥٠٤ .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٦١ .

وأمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلوضوح أنّا إذا بنينا على عدم وجوب التسليم على كل منهما مطلقاً وقلنا إنه مشروط بتسليم الآخر في جواب الأردبيلي (قدّس سرّه) فعند امتناعهما لا يحصل شرط وجوب التسليم على كل منهما فلا هذا يجب عليه التسليم لعدم حصول شرطه وهو تسليم الآخر ولا ذاك يجب عليه التسليم لعدم حصول شرطه أعني تسليم الأول ، ومن الظاهر أنّ الشرط في الواجبات المشروطة ممّا لا يجب تحصيله ، فإذن التسليم غير واجب على كل منهما ومعه لم يحصل ترك واجب من أحدهما حتى يجبره الحاكم على العمل بواجبه .

فلو قلنا إنّ التسليم واجب على كل منهما مطلقاً فقد صحّحنا مقالة الأردبيلي (قدّس سرّه) وهو باطل عنده ، والتوسّط بين المطلق والمشروط ممّا لا نعقله . وإذا كان التسليم مشروطاً بتسليم الآخر فلا يجب على كل منهما التسليم ، وتركه لا يكون من ترك الواجب حتى يصحّ إجباره على العمل به .

وأمّا الوجه الثالث أعني وجوب التسليم على البائع ابتداءً بدعوى أنّ الثمن عوض وهو متأخّر عن المعوّض ،ففيه : أنّ مجرد كون الثمن عوضاً لا يوجب اختصاص وجوب التسليم بالبائع أوّلاً بعد كون المعاملة عبارة عن المبادلة بين المالين ، غاية الأمر أنّ المثمن يتحفّظ فيه على خصوصية المال وفي طرف الثمن يتحفّظ على ماليته لا على خصوصياته غالباً وكل منهما عوض عن الآخر وهما في ذلك سيّان ، وقد اشترط وجوب تسليم كل منهما عند تسليم الآخر .

فالصحيح في المقام عدم وجوب التسليم ابتداءً على كل منهما فلا هذا يجب عليه التسليم ولا ذاك لاشتراط كل منهما بتسليم الآخر وهو غير حاصل ، هذا فرع .

الفرع الثاني : إذا بذل كل منهما ما عنده إلى الآخر ووطّن نفسه لتسليم ماله من الآخر من أجل وثوقه بصاحبه واطمئنانه بتسليمه ولكنّهما اختلفا في مجرد البدأة فقال كل منهما للآخر أعطني مالك ابتداء حتى أعطيك مالي بعد ذلك ، فهل يجب

البدأة على كل منهما نظير وجوب أصل التسليم على مسلك الأردبيلي (قدّس سرّه) أو يجب البدأة على البائع دون المشتري وهو الذي قوّاه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ العقلاء يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المثمن ، أو يجبران على البدأة كما أفاده (قدّس سرّه) في الفرع السابع ، أو أنّ كلاً منهما مشروط ببدء الآخر ؟

الظاهر أنّ هذا الفرع غير الفرع السابق كما يظهر من كلمات الأصحاب على ما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وليست البدأة بعد كون كل منهما عازماً على التسليم والبذل من الشروط الضمنية في المعاملات ، وإنما الشرط الضمني يختص بتسليم كل منهما عند بذل الآخر ، وأمّا كون بدأته مشروطة ببدء الآخر فلا ، بل هذا خارج عن الأغراض العقلائية أيضاً ولا يتعلّق به غرضهم بوجه بعد كون المتعاملين عازمين على البذل .

فالظاهر أنّ البدأة واجبة على كل منهما على نحو الاطلاق بدأ الآخر أم لم يبدأ ، فما أفاده الأردبيلي (قدّس سرّه) من وجوب الدفع على كل منهما مطلقاً وإن لم يدفع الآخر متين في هذا المقام ، فهي واجبة على كل منهما بلا اشتراط ، فلو امتنعا عمّا وجب في حقّهما فلا مانع من إجبارهما عليه وهو ظاهر .

الفرع الثالث : إذا كان أحد العوضين مؤجّلاً (لعدم صحة التأجيل في كليهما لأنه من بيع الكالي بالكالي) كما في بيع النسيئة فإنّ العوض فيه مؤجّل أو بيع السلم لتأجيل المعوّض فيه ، لا ينبغي الإشكال في عدم وجوب تسليم المؤجّل في طرف الثمن أو المثمن قبل حلول أجله ، لأنه معنى اشتراط التأجيل وجعل حق لنفسه في تأخير أداء مال الغير ، وهذا ممّا لا إشكال فيه .

وأمّا الآخر فيجب عليه تسليم ماله إليه قبل حلول الأجل ، ووجهه أنّ غير المؤجّل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجّل واشتراطه به أصلاً وهذا ممّا لا كلام فيه أيضاً .

وإنما الكلام في موردين : أحدهما فيما إذا أخّر البائع في بيع النسيئة أداء المثمن إلى المشتري عصياناً أو نسياناً إلى زمان حلول الأجل فهل يجب على المشتري ردّ الثمن عند حلول الأجل إلى البائع مطلقاً وإن لم يدفع البائع حينئذ ، أو أنه لا يجب عليه إلّا فيما إذا دفعه البائع إليه ؟

وثانيهما : ما إذا عصى البائع أو نسي حتى حلّ الأجل فهل يجب على البائع دفع المثمن إلى المشتري حينئذ وإن امتنع المشتري عن الأداء ، أو أنه مشروط بردّ المشتري الثمن إليه ولا يجب الدفع على البائع ولو مع امتناع المشتري ، بدعوى أنّ البائع قد أسقط اشتراط تسليمه بتسليم المشتري وألزم على نفسه التسليم وإن لم يسلّمه المشتري .

أمّا الأول : فلا ينبغي التأمّل في أنّ المشتري يجب عليه تسليم الثمن إلى البائع بعد انقضاء الأجل مشروطاً بتسليم البائع المثمن إيّاه وأمّا مع امتناعه وعدم تسليمه فلا كما ذكرناه آنفاً ، وهذا ممّا لا كلام فيه وإنما الكلام في المورد الثاني .

وأمّا الثاني : فالصحيح أنّ البائع لا يجب عليه التسليم مع امتناع المشتري عن التسليم ، فإنّ وجوب تسليم كل منهما مشروط بتسليم الآخر كما مرّ ، ودعوى أنّ البائع قد أوجب على نفسه التسليم من غير اشتراطه بتسليم المشتري كما هو معنى تأجيل الثمن ، مندفعة بأنه وإن رضي بذلك إلّا أنه لا على نحو الاطلاق بل إلى زمان معيّن وهو الأجل ، وأمّا بعده فلم يرض ولا أوجب على نفسه التسليم على نحو الاطلاق حتى مع عدم تسليم المشتري إلى الأبد ، بل الارتكاز العقلائي قائم على أنّ البائع لا يدفع ماله إلى المشتري فيما إذا لم يسلّم المشتري الثمن إليه ، فإنّ بناء المعاملات على الاعطاء والأخذ كما يعبّرون عنها في الفارسية بـ(داد وستد) وليس بناؤها على إعطاء أحدهما من دون أخذ ، فتسليمه مشروط ضمني بتسليم المشتري بعد الأجل ، فما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام من وجوب

التسليم على البائع ولو مع امتناع المشتري فمّا لا يمكن المساعدة عليه .

الفرع الرابع : أنّ البائع إذا امتنع عن إقباض المبيع وكان امتناعه عن حق من جهة امتناع المشتري عن إقباض الثمن ولكن المشتري قد قبض المبيع من دون رضا البائع بقبضه ـ ولابدّ من فرض الكلام فيما إذا كان الثمن شخصياً فإنّ الكلّي لا يتعيّن بقبض المشتري بوجه ـ لا يترتّب على ذلك القبض آثاره .

وآثار القبض مختلفة فربما يرتّب عليه أصل حصول الملكية كما في الهبة وبيع الصرف والسلم ، فإذا قبض المشتري المبيع في مثلها لا عن رضا البائع فذاك القبض كلا قبض فلا تترتّب عليه الملكية ، فإنّ الملكية إنما تترتّب على القبض الشرعي الصحيح وذاك القبض غير شرعي كما هو ظاهر .

وأُخرى يترتّب على القبض ارتفاع ضمان البائع عن المبيع ومع فرض تحقّقه لا عن رضا المالك فهو كلا قبض ولا يوجب ارتفاع الضمان عن البائع لأنه إنما يرتّب على القبض الصحيح[1].

وثالثة تترتّب على القبض أحكام أُخر كجواز البيع في المكيل والموزون على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، فإنّ من شروطه صحة بيع المكيل والموزون أو من شروط عدم كراهته قبضهما فبيعهما قبل القبض مكروه أو حرام ، ولكن القبض إذا تحقّق لا عن رضا المالك فهو كلا قبض فلا يجوز معه بيع المكيل والموزون ، وأمّا تصرّفات المشتري في المبيع الذي قبضه من دون رضا البائع في غير ما يتوقّف عليه حصول الملكية كما إذا كان المبيع أمة وقد نظر إليها المشتري مثلاً فلا وجه لحرمتها لأنّ المبيع ملكه على الفرض والتصرف في ملك نفسه جائز .

---

(١) وسيأتي في الأحكام المترتّبة على القبض [في الصفحة ٣٠٤] أنّ مدرك ضمان التلف قبل القبض لو كان هو السيرة العقلائية فهو يرتفع بمطلق القبض ولو على وجه غير شرعي .

ودعوى أنّ التصرف في ملك الغير كما أنه محرّم كذلك فيما إذا كان الملك متعلّقاً لحق الغير ، فإنّ التصرف فيه أيضاً غير جائز شرعاً ، واضحة الفساد فإنه لم يتعلّق بالعين حق البائع بوجه إلّا من جهة أنّ له إبقاءها لا من سائر الجهات كما لا يخفى فتصرفاته فيها غير محرّمة ، نعم لا يرتّب عليه آثاره الشرعية كجواز البيع في مثل المكيل والموزون لأنها مترتّبة على القبض الشرعي الصحيح ، هذا فيما إذا كان امتناع البائع عن التسليم عن حق .

وأمّا إذا فرضنا أنه ليس عن حق كما إذا سلّم المشتري الثمن إليه ولكنه امتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري والمشتري قد قبضه من دون رضا البائع فهو قبض صحيح وترتّب عليه آثاره الشرعية ، فصحة القبض بأحد أمرين : إمّا إقباض ما في يده لصاحبه ، فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه ولو بغير إذنه ، وإمّا إذن صاحبه .

ثم إنه إذا فرضنا أنّ امتناع البائع عن التسليم ليس عن حق لأنّ المشتري قد سلّم إليه الثمن ، فهل يجوز للبائع أن يتصرف في الثمن أي مع عدم إقباضه المبيع للمشتري ، أو أنه يحجر عن التصرف في ذلك ؟ الصحيح أنه لا يحجر عليه في الثمن كما في غير الثمن من أمواله غاية الأمر أنّ المشتري له الخيار وله أن يفسخ المعاملة وإذا فسخها ينتقل الثمن إلى ملكه ، فلا يجوز للبائع أن يتصرف في مال المشتري حينئذ بغير إذنه .

مسألة

قد عرفت أنّ تسليم كل من العوضين إلى مالكه أمر ثبت اشتراطه في ضمن المعاملة ، إلّا أنّ التسليم لابدّ من أن يكون مفرّغاً بأن لا تكون العين مشغولة بمال البائع ، وهذا شرط آخر ضمني غير شرط التسليم وإن كان مدركهما ودليلهما واحداً وهو الشرط في ضمن المعاملة ، وذلك لأنّ العقلاء كما يشترطون أصل تسليم المال

إلى المشتري مثلاً كذلك يشترطون تسليمه إليه مفرّغاً ، فلو سلّمه إليه مشغولاً بأمواله يجب عليه تفريغه عن أمواله حسب الاشتراط الضمني .

نعم تترتّب على التسليم من غير إفراغ آثار التسليم شرعاً ، مثلاً يرتفع به ضمان البائع فيما إذا سلّمه مشغولاً بأمواله وقبل أن يفرغه تلف المبيع فإنه لا يكون مضموناً على البائع حينئذ .

ثم إنه إذا سلّمه وهو غير مفرّغ وتوقّف تفريغه على مضي مدّة يتسامح بها عرفاً كنصف يوم أو يوم في بيع الدار مثلاً فلا يثبت به شيء للمشتري من الخيار ولا أُجرة إشغال المبيع في تلك المدّة ، فإنه أمر يتسامح فيه عرفاً وهو خارج عن الاشتراط الضمني .

وأمّا إذا احتاج تفريغه إلى مدّة مديدة بحيث لا يتسامح بها عند العرف كشهر مثلاً أو أكثر ، وفرضنا أنّ المشتري لم يكن عالماً باشتغال المبيع بأموال البائع ، أو كان عالماً به ولكنه لم يعلم بأنه يحتاج إلى مدّة مديدة ، فلا محالة يثبت له الخيار ، فإنّ تسليمه مفرّغاً أمر اشترط في ضمن المعاملة وتخلّفه يوجب الخيار .

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] قيّده بما إذا أوجب اشغاله بتلك المدّة تضرّر المشتري وحكم حينئذ بثبوت الخيار له ، ولكنّا لم نفهم وجه تقييده بذلك فإنّ ثبوت الخيار مستند إلى تخلّف الاشتراط الضمني لا إلى قاعدة لا ضرر ، فسواء تضرّر المشتري بذلك أم لم يتضرّر به كما هو الحال في جميع موارد تخلّف الشرط فالتقييد بضرر المشتري لا وجه له .

ثم إنّ المبيع إذا كان مشغولاً بمال البائع وتوقّف تفريغه على مضي زمان فهل يتمكّن المشتري من مطالبة البائع بأُجرة ملكه في المدّة المذكورة أو ليس له حق

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٦٧ .

مطالبة البائع بالأُجرة ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وجهين في المقام :

أحدهما : أنه ليس له مطالبة البائع بأُجرة ملكه لأنه اشترى شيئاً وتبيّن أنه مشغول بمال البائع فلا يثبت له إلّا الخيار نظير ما إذا اشترى داراً فوجدها مستأجرة إلى مدّة فإنه لا يثبت للمشتري حينئذ إلّا الخيار ، وليس له مطالبة البائع بأُجرة الدار في مدّة الاجارة .

وثانيهما : أنّ له مطالبة الأُجرة لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشغال بمال البائع فله مطالبة الأُجرة بذلك .

والظاهر أنه لا دوران في المقام بل ثبوت الأُجرة متعيّن ، لأنه قد اشترى المبيع وملكه كما ملك جميع منافعه ، والبائع لم يسلّم إليه إلّا نفس المبيع فأين ذهبت منافعه التي هي مملوكة للمشتري وليس إلّا أنّ البائع فوّتها عليه باشغاله فيثبت عليه قيمتها كما لا يخفى .

ولا يقاس المقام بباب الاجارة فإنّ المنافع حينئذ لم تنتقل إلى ملك المشتري لفرض أنّها انتقلت إلى المستأجر بالاجارة السابقة ، فليس للمشتري مطالبة عوضها لعدم ملكيتها له ، نعم لمّا باعه على نحو الاطلاق ثم ظهر أنّ منافعه مستحقّة للغير فثبت له الخيار بين الردّ والامضاء ، وهذا من دون فرق بين أن يكون البائع مقصّراً في عدم تفريغه المبيع كما إذا كان عالماً بالحال وأخّر تفريغه ، وبين كونه غير مقصّر فإنّ تقصيره لا يوجب إلّا الاثم ولا ربط له بالأُجرة . هذا .

ثم إنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) تعرّض بمناسبة المقام لفرع آخر : وهو أنه إذا باع أرضاً وسلّمه إلى المشتري مشغولة بالزرع أو الأشجار وأفاد أنه يقلعها إذا لم يستلزم عليه الضرر ، ويحتمل أن يكون البائع مخيّراً بين إبقائها في أرض المشتري مع الأُجرة وبين قلعها ، كما يحتمل أن يكون المشتري مخيّراً بين قلعها ودفع الأرش إلى البائع وإبقائها مع الأُجرة ، هذا .

ولا يخفى أنّ المتعيّن هو تخيير المشتري بين قلعها مجاناً وبين ابقائها مع الأُجرة .

ودعوى أنّ القلع يستلزم الضرر على البائع ومقتضى ارتفاع الضرر جواز ابقائها في أرض الغير ، وتضرّر المشتري بذلك فيدفع بجعل الخيار له .

مندفعة بأنّ القلع وإن استلزم ضرر البائع إلّا أنه ليس مورداً لقاعدة نفي الضرر ، فإنّ الزام المشتري ببقاء أشجار البائع في ملكه ضرر على المشتري ، وقد مرّ غير مرّة أنّ القاعدة لا تجري في الموارد التي يلزم من جريانها ضرر على شخص آخر .

وأمّا اندفاع ضرر المشتري بجعل الخيار له ، ففيه : أنّ القاعدة إنما دلّت على أنّ الأحكام الضررية مرتفعة في الشريعة المقدّسة وأنّها غير مجعولة لا أنها متداركة بجعل حكم آخر ، وفي المقام لمّا كان إلزام المشتري بابقاء أشجار البائع في ملكه ضررياً فهو مرتفع بالقاعدة ، لا أنها تجعل الخيار للمشتري ليتدارك ضرره وإلّا فتدارك ضرر المشتري بجعل الخيار في حقّه ليس بأولى من تدارك ضرر البائع من بيت المال مثلاً .

ثم إنّ القلع إذا استلزم ضرراً آخر في ملك المشتري من كسر زجاجة أو هدم بقعة ونحوهما فعلى البائع جبره ، ولكن يقع الكلام حينئذ في أنّ تلك الاضرار في المقام وفي موارد الغصب مثلية أو أنها قيمية ، بمعنى أنه يجب إعادة المكسور أو المهدوم أو يجب ردّ قيمته ، وهذا يختلف باختلاف الأضرار ففي مثل كسر الزجاج مثلي فيعاد ، وأمّا في مثل هدم البقعة قيمي لاستحالة إعادتها كما كانت عرفاً واختلافها من حيث قدم آلاته وكونها جديدة وفي مادّتها قدماً وحدوثاً ، وهكذا .

مسألة

إذا امتنع البائع من التسليم فلا يخلو إمّا أن يكون امتناعه مستنداً إلى امتناع

المشتري عن تسليم الثمن وإمّا أن يكون مستنداً إلى ظلمه وعدوانه ، لأنّ المشتري باذل للثمن .

فإن كان الامتناع مستنداً إلى امتناع المشتري عن التسليم فلا كلام في عدم إثمه وعصيانه ، وإنّما الكلام في حكمه الوضعي من جهتين :

إحداهما : في أنّ البائع هل يضمن أُجرة منافع المبيع التالفة في مدّة الامتناع أو لا يضمنها ؟

ربما يحتمل ضمانها على البائع من جهة أنّ المبيع ومنافعه مملوكان للمشتري وقد تلفت منافعه تحت يد البائع فيضمنها .

إلّا أنّ الصحيح عدم الضمان كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] والوجه في ذلك أنّ امتناع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري في المقام أي منعه عن استيفاء المشتري منافع ملكه مستند إلى التزام نفس المشتري بذلك ، وأنّ له أن يمنعه عن ذلك ما لم يقبضه الثمن حسب الاشتراط الضمني بينهما ، وظاهره أنّ منع البائع عن استيفاء المشتري منافع ملكه في مدّة امتناعه عن تسليم الثمن مجّاني ، لا أنه يمنعه عنه في مقابل العوض وهذا ظاهر .

ثانيتهما : أنّ المبيع إذا احتاج إلى نفقة لكونه حيواناً أو إنساناً فهل نفقته على البائع في مدّة الامتناع أو أنها على المشتري .

مقتضى القاعدة أنّ نفقته على المشتري ، لأنّ نفقة المملوك على مالكه ، ولكنه ربما يحتملَ أن تكون نفقته على البائع .

وعن جامع المقاصد[2] أنّ النفقة في المقام أشبه بنفقة الزوجة فيما إذا امتنعت

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٦٩ .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٤١٢ .

عن التمكين حتى تقبض مهرها ، فكما أنّ وجوب نفقتها على زوجها حينئذ محل الخلاف وفيه احتمالان فكذلك في النفقة في المقام ، هذا .

والظاهر أنّ بين النفقتين فرقاً ظاهراً فإنّ مقتضى العمومات الدالّة على أنّ نفقة الزوجة على زوجها وجوب النفقة على الزوج مطلقاً ، وقد خرجنا عنه فيما إذا كانت ناشزة ، والنشوز إنما يتحقّق فيما إذا لم يكن امتناعها عن التمكين مستنداً إلى حق كما إذا كانت مريضة ويضرّها المواقعة وكما في المقام ، وأمّا إذا كان مستنداً إلى حق لها في الامتناع فلا دليل على عدم وجوب النفقة على زوجها .

وهذا بخلاف المقام فإنّ مقتضى القاعدة هو كون ضمان نفقة المملوك على مالكه مطلقاً ، ولم يرد على هذه الاطلاقات مخصّص بوجه ، هذا كلّه فيما إذا كان امتناع البائع عن التسليم مستنداً إلى امتناع المشتري عن تسليم الثمن إليه .

وأمّا إذا استند إلى ظلمه وعدوانه لفرض أنّ المشتري باذل للثمن فلا إشكال في عصيانه وإثمه ، وأمّا ضمانه أُجرة المنافع التالفة في مدّة الامتناع تحت يد البائع فهو أيضاً ممّا لا ينبغي التأمّل فيه ، لأنه الذي فوّت المنافع المملوكة للمشتري عليه فيضمنها .

وأمّا النفقة فمقتضى القاعدة المستفادة من صحيحة أبي ولّاد(١) المتقدّمة في بحث الضمان أنّ حفظ المغصوب واجب على غاصبه ، وهو إنما يكون بالانفاق عليه في مدّة الغصب ، وعليه فلابدّ من الحكم بوجوب الانفاق على البائع في المقام لأنه غاصب .

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) على ما عندنا من نسخة الكتاب ذكر

---

(١) الوسائل ١٩ : ١١٩ / كتاب الاجارة ب١٧ ح١ .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٦٩ .

أنّ مقتضى القاعدة كون نفقته على المشتري . والعبارة إمّا فيها سقط وهو كلمة « ليست » أي ليست النفقة على المشتري ، وإمّا أنّا لا نفهم مراده كما عرفت .

الكلام في الأحكام المترتّبة على القبض

منها : انتقال ضمان المبيع إلى المشتري فإنه ما لم يقبضه على بائعه ، والكلام في ذلك في جهات :

الجهة الأُولى : في مدرك هذه القاعدة وأنّ المبيع مع أنه ملك للمشتري كيف يكون ضمانه ودركه على بائعه فيما إذا تلف قبل قبضه وأنه يوجب انفساخ المعاملة وأنّ مدرك ذلك أي شيء ، وهذه القاعدة مسلّمة عند الأصحاب ، بل يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّها ممّا لا خلاف فيه عند العامّة أيضاً ، فعليه فالقاعدة متسالم عليها بين المسلمين ، وإنما الكلام في مدركها .

وما يحتمل أن يستند إليه في المقام أُمور : **أحدها** الرواية النبوية من أنّ « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »(١) ومقتضاها أنّ تلفه قبل قبضه يوجب انفساخ المعاملة فيكون تلفه في ملك البائع .

والاستدلال بها في المقام يتوقّف على القول باعتبار النبويات ولو بدعوى انجبار ضعفها بعمل الأصحاب ، وأمّا إذا أنكرنا الانجبار بعمل المشهور وقلنا بعدم اعتبار النبويات كما ذكرناهما في محلّه فلا يبقى للاعتماد عليها مجال .

وثانيها : رواية عقبة بن خالد(٢) في رجل اشترى متاعاً من رجل وتلف قبل أن يقبضه من المشتري فعلى من يكون ضمانه ؟ قال (عليه السلام) ضمانه على

---

(١) المستدرك ١٣ : ٣٠٣ / أبواب الخيار ب٩ ح١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٢٣ / أبواب الخيار ب١٠ ح١ .

مالكه حتى يخرجه من بيته ويقبضه من المشتري ، ومقتضى هذه الرواية أيضاً أنّ تلف المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ المعاملة ودركه على بائعه .

والاعتماد على هذه الرواية أيضاً يبتني على القول بانجبار ضعف الرواية بعمل الأصحاب ، ومع المنع عن الانجبار بعمل الأصحاب كبرى وصغرى كما قدّمناهما في محلّهما لا يمكننا الاعتماد على هذه الرواية أيضاً .

و**ثالثها** : دعوى الاجماع على الضمان فيما لو تلف قبل قبضه كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1].

ويدفعه : أنّ الدخولي واللطفي من الاجماع باطلان ، وأمّا الاجماع على طريقة المتأخرين وهو الكشف عن قول المعصوم (عليه السلام) بالحدس فهو أيضاً منتف في المقام ، إذ لا يحصل لنا العلم والقطع من اتّفاق الأصحاب على صدور ذلك عن المعصوم (عليه السلام) ووصوله إلينا يداً بيد ، إذ يحتمل اعتماد بعض هؤلاء المجمعين على النبوي المتقدّم وبعض آخر على رواية عقبة وثالث اتّبع الشهرة كما هو كذلك في هذا العصر وفي الأعصار المتقدّمة حيث يرى أنّ الرجل يتبع ما ذهب إليه المشهور في المسألة ، ومعه لا يبقى للكشف بطريقة الحدس مجال .

فالصحيح في المقام هو الاعتماد على رابع الأدلّة ونسمّيه بالدليل الرابع : وهو السيرة العقلائية ، لأنّا لو شككنا في شيء فلا نشك في أنّ للقبض في المعاملات دخالة في حصول الملكية عند العقلاء في الجملة ويعبّرون عنها بـ(داد وستد) ولا يرون الملكية حاصلة بمجرد المقاولة والمعاقدة ، وهذا لا بمعنى اشتراط الملكية بالتسليم بل بمعنى أنّ البائع ما دام لم يسلّم المبيع لا يستحق مطالبة الثمن من المشتري ، وتراهم يقول أحدهما ما أعطيتني شيئاً لتطالب بعوضه وهو كلام سائر بينهم ، فإذا باع داره

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٧٠ .

وقبل أن يقبضها من المشتري وقعت الدار في الجادّة أو أنه سرق كما في مورد رواية عقبة كما إذا كان المبيع درّة فقبل أن يقبضها من المشتري سرقت أو وقعت في البحر أو وقع عليها أي على الدار جبل عظيم وأمثال ذلك مما يعدّ تلفاً عرفاً ، فلا يرون البائع مستحقاً لمطالبة الثمن من المشتري ، وهذه سيرة متحقّقة عندهم من غير نكير حتى عند اليهود .

ثم إنه تترتّب على الاستدلال بالسيرة العقلائية في المقام ثمرات :

منها : أنّا لو اعتمدنا على السيرة المذكورة دون الروايتين فلا نقتصر على خصوص تلف المبيع ، بل نجري ذلك عند تلف الثمن أيضاً فإنه كالمثمن من طرفي المعاملة وقبض كل منهما له دخالة في حصول الملكية كما تقدّم ، وهذا بخلاف ما إذا اعتمدنا على الروايتين لاختصاصهما بصورة تلف المبيع دون الثمن ، فلا يمكننا التعدّي إلى تلفه لأنه حكم على خلاف القاعدة .

ومنها : أنّا لو اعتمدنا على السيرة المذكورة نكتفي في ارتفاع الضمان بمجرد التخلية ولا نشترط القبض الخارجي ، بخلاف ما إذا اعتمدنا على الروايتين فإنّ ظاهر رواية عقبة هو الاقباض الخارجي وعدم كفاية مجرد التخلية ، وقد قدّمنا[1] أنّ التخلية لا يطلق عليها القبض فإنه عبارة عن الاستيلاء وما به يتحقّق الغصب والتخلية لا يتحقّق بها الغصب ، هذا .

والعجب من شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] أنه مع اعتماده على الروايتين دون السيرة العقلائية اكتفى في ارتفاع الضمان بالتخلية مع أنّ مقتضى الروايتين اعتبار القبض الخارجي وعليه أن يقيم البرهان على كفاية التخلية كما لا يخفى .

---

(١) في ص٢٨٦ وما بعدها .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٧٥ .

ومنها : أنّ مقتضى الاعتماد على السيرة في المقام كفاية مجرد القبض في ارتفاع الضمان ، ولو كان القبض من غير رضا البائع ولا اطّلاعه كما إذا خدعه وسرقه ، أو على وجه القهر والغلبة ، فإنه بأيّ وجه كان يكفي عند العقلاء في ارتفاع الضمان كما أفاده شيخنا الأنصاري ، وهذا بخلاف ما إذا اعتمدنا على الروايتين فإنّ لازمهما كما مرّ عدم ترتّب الآثار على القبض الحاصل من غير وجه شرعي كما ذكرناه في قبض المكيل والموزون وأنه إذا حصل من غير رضا البائع لا يكفي في رفع الكراهة أو الحرمة في بيع المكيل أو الموزون ، هذا كلّه فيما إذا كان التلف بآفة سماوية كما إذا احترق أو مات أو نهشته الحيّة ونحو ذلك ممّا لا يستند إلى فاعل بالاختيار .

وأمّا إذا كان التلف مستنداً إلى فاعل بالاختيار فلا يخلو إمّا أن يكون المتلف هو المشتري وإمّا أن يكون هو البائع وإمّا أن يكون أجنبياً .

أمّا إذا كان المتلف هو المشتري فلا ينبغي الإشكال في عدم جريان القاعدة في مثله ، لأنّ مدركها إن كان هو الخبرين المتقدّمين فهما منصرفان عن مثل المقام وإن كان هو الاجماع فهو أيضاً غير متحقّق عند إتلاف المشتري ، وإذا كان هو السيرة فمن الواضح أنها لا تجري فيما إذا كان المتلف هو نفس المشتري ، فلا يكون إتلافه حينئذ موجباً لانفساخ المعاملة لأنه هو الذي أتلف ملكه ، وهذا فيما إذا كان المشتري عالماً بالحال وأنه ملكه ممّا لا خلاف فيه ، وكذا فيما إذا كان جاهلاً بأنه ملكه ولكن جهله لم يكن مستنداً إلى البائع كما إذا اشترى من البائع شاة وكان له شاة أُخرى أيضاً وأراد المشتري أن يسرق تلك الشاة الثانية من البائع فسرقها وذبحها وبعد إتلافها ظهر أنها شاة نفسه ، فإنّ المشتري حينئذ وإن أتلف ملكه جاهلاً بالحال ولكن جهله ذلك غير مستند إلى البائع ، فمثله أيضاً لا يوجب الانفساخ كما عرفت .

وأمّا إذا كان مستنداً إلى البائع كما إذا باعه خبزاً ثم قدّمه إلى المشتري وهو جاهل بالحال فأتلف ملك نفسه جاهلاً بالحال ولكنه كان بتسبيب من البائع ، فهل

يكون ذلك داخلاً في إتلاف البائع أو أنه يوجب انفساخ المعاملة ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ إتلاف المشتري بتسبيب البائع إن كان مستنداً إلى إغرار البائع كما إذا قدّمه إليه عالماً بأنه ملك المشتري ، فلا بأس بالحاقه باتلاف البائع الذي يأتي حكمه ، هذا .

ولكن الظاهر أنّ هذا الاتلاف لا يحسب من إتلاف المشتري على كل حال سواء كان البائع غاراً أم لم يكن كما إذا قدّمه إليه جاهلاً بأنه ملك المشتري ، فإنه لا يصدق في هذه الموارد أنّ المشتري قبض ماله وأتلفه ، ومن هنا لو غصب طعام أحد ثم قدّمه إليه فأكله مالكه من غير علم بأنه ملك نفسه ، لا يكون هذا كافياً في حصول القبض وإقباض الملك لمالكه ، كان الغاصب عالماً بالحال أم لم يكن .

فالظاهر أنّ هذه الصورة من أحد مصاديق إتلاف البائع وحكمها حكمه كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

وأمّا إذا كان الاتلاف مستنداً إلى البائع فهو أيضاً ليس بمورد للقاعدة لانصراف الروايتين وعدم انعقاد الاجماع وعدم تحقّق السيرة العقلائية في مثله وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[1] احتمل في المقام أُموراً :

منها : أن يكون إتلافه موجباً لانفساخ المعاملة إلحاقاً له بصورة التلف السماوي فيرجع المشتري بثمنه .

ومنها : أن يكون البائع ضامناً للمبيع لأنه ملك للمشتري وقد أتلفه بغير إذنه فيضمنه بقيمته من دون أن يكون العقد منفسخاً ، لعدم جريان القاعدة في المقام كما مرّ .

ومنها : تخيير المشتري بين انفساخ المعاملة لأنه من مصاديق تلف المبيع قبل

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٧٦ .

قبضه وهو يوجب الانفساخ ، وبين مطالبة البائع بالقيمة أو المثل لأنّ المبيع ملكه وقد أتلفه البائع فهو له ضامن .

ومنها : أن يكون المشتري مخيّراً بين أن يفسخ العقد لتعذّر تسليم المثمن وهو يوجب الخيار فيرجع إلى البائع بثمنه ، وبين إمضائه ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة من دون أن يكون العقد منفسخاً .

وهذه الاحتمالات كل واحد منها في نفسه ممّا لا بأس به إلّا احتمال تخيير المشتري بين الانفساخ وبين مطالبته البائع بالقيمة أو المثل فإنّ التخيير بينهما غير معقول ، إذ معنى الانفساخ هو أنّ المعاملة باطلة وهي كالعدم ، ومعنى رجوعه إلى البائع أنّ المعاملة صحيحة والبائع يضمن بدل مال المشتري ، والجمع بينهما غير ممكن .

مضافاً إلى أنّ الانفساخ حكم شرعي والرجوع إلى القيمة فعل للمشتري ولا معنى لتخييره بينهما فإنّ أحدهما خارج عن اختياره .

والصحيح من هذه الاحتمالات هو الاحتمال الأخير وهو أنّ المشتري مخيّر بين فسخ المعاملة ورجوعه بثمنه وبين إمضائه ورجوعه إلى البائع بقيمة ماله أو مثله ، فإنّ المشتري لمّا لم يصل إليه ملكه ثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء ، كما أنّ البائع أتلف ملكه فيضمن بدله من المثل أو القيمة .

وأمّا إذا كان المتلف هو الأجنبي فربما يلحق ذلك بصورة التلف السماوي كما إذا كان المتلف ممّن لا يمكن الوصول إليه فتنفسخ المعاملة حينئذ والمشتري يرجع بثمنه .

وأمّا إذا كان المتلف ممّن يمكن الوصول إليه ولم يلتحق ذلك بصورة التلف فالصحيح حينئذ هو الحكم بتخيير المشتري بين فسخ المعاملة لعدم وصول المثمن إليه فيطالب البائع بثمنه والبائع بعد ذلك يرجع إلى المتلف ، وبين رجوعه إلى المتلف

ابتداءً ومطالبته بالقيمة أو المثل فإنه لا يمكن حينئذ مطالبة البائع بالقيمة أو المثل بوجه فإنّ يده ليست يداً ضمانية بل يد أمانة ، وإن كان ربما يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ يده ضمانية ، ولكنّك عرفت أنه لولا تلك القاعدة الثابتة بالأخبار أو الاجماع أو السيرة لما حكمنا بانفساخ المعاملة وبضمان البائع فلا يكون يده ضمانية .

بقي هناك شيء : وهو أنّ المتلف لو كان هو البائع وفرضنا أنّ المشتري رجع عليه بالقيمة أو المثل فهل يجب على البائع ردّهما إليه فوراً ، أو أنّ البائع له أن يمتنع من دفع القيمة حتى يستلم الثمن ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(١) أنّ البائع يجب عليه ردّ القيمة فوراً وليس له الامتناع عن دفعها حتى يستلم الثمن فإنه إنما ثبت في نفس المثمن حسب الاشتراط الضمني ، وأمّا إذا تلف المثمن وانتقل الأمر إلى بدله فثبوت حق الامتناع فيه يحتاج إلى دليل وهو مفقود .

والظاهر والله العالم أنّ ضمان البائع للبدل إنما هو من جهة ضمانه للمبدل والمثمن ، فإذا كان متمكّناً من عدم رفع المبدل حتى يستلم الثمن فكذلك يتمكّن من ذلك في بدله أيضاً . وبالجملة أنّ البدل قائم مقام المبدل في جميع شؤونه وأحكامه فله أن يمتنع عن تسليمه حتى يستلم الثمن .

ثم إنه ظهر ممّا ذكرناه في المقام عدم اختصاص جريان القاعدة بالبيع وجريانها في جميع المعاوضات والمعاملات إجارة كانت أم بيعاً أم غيرهما ، وإن كان صريح كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)(٢) أنه لم يجد من يعمّم جريان القاعدة في

---

(١) المكاسب ٦ : ٢٧٧ مع مراجعة الهامش أيضاً .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٧٩ ـ ٢٨٠ .

سائر المعاوضات إلّا في المهر وفي مال الخلع .

ولا يخفى عليك أنّ الضمان المبحوث عنه في المقام هو الضمان بمعنى الانفساخ وأمّا الضمان في تلف المهر أو مال الخلع فهو بمعنى اشتغال الذمّة بردّ البدل مثلاً أو قيمة ، فبين الضمانين فرق ظاهر .

ولا يمكن حمل الضمان في تلف المهر أو مال الخلع على الانفساخ ، إذ لم يقل أحد بانفساخ الطلاق أو النكاح بتلف المهر أو مال الخلع ، فإنّ المهر غير مقوّم للنكاح حتى يبطل بتلفه ، وإذا لم يكن الضمان فيهما بمعنى الانفساخ فلا محالة يتوقّف على دليل ، والسيرة إنما اختصّت بالانفساخ ، وكذلك الروايتان والاجماع إنّما دلّت على الانفساخ على خلاف القاعدة إذ لولاها لما كنّا نلتزم بالانفساخ ، ولا دليل في مثل تلف المهر أو مال الخلع على الضمان إذا كان تلفهما قبل قبضهما فإنه إن كان « على اليد ما أخذت » فهو مختص بموارد كون اليد ضمانية وهي في الموردين ليست ضمانية بل يد أمانة ، وإن كان هو الاجماع فهو غير متحقّق في المقام .

ونظيرهما ضمان المقبوض بالسوم فإنه أيضاً بمعنى اشتغال العهدة ببدله مع أنه لا دليل عليه ، فالظاهر عدم ثبوت الضمان في الموردين وفي المقبوض بالسوم إذا تلف من غير تقصير المشتري أو الزوج ، وببالي أنّ صاحب الجواهر (قدّس سرّه)[1] أيضاً يناقش في ثبوت الضمان في المقبوض بالسوم ، وكيف كان فخلط الضمان في الموردين بالضمان في المقام ممّا لا وجه له .

تلف بعض أجزاء المبيع أو أوصافه قبل القبض

تعرّض شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)[2] في المقام لما إذا تلف جزء المبيع أو

---

(١) الجواهر ٣٧ : ٧٣ لكنّه يلتزم هنا بالضمان .

(٢) المكاسب ٦ : ٢٨١ .

وصفه قبل قبضه بكلا قسمي الوصف أعني الأوصاف الكمالية التي لها دخل في زيادة قيمة الشيء وسائر الأوصاف ممّا لا مدخلية له في زيادة قيمته، فأمّا تلف بعض أجزاء المبيع فتفصيل الكلام فيه أنّ الجزء كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على قسمين: فإنه ربما يكون من قبيل الأجزاء التي يتقسّط عليها الثمن ويقابل بالمال في المعاملة، وأُخرى لا يتقسّط عليها الثمن.

فإن كان الجزء التالف قبل قبضه ممّا يتقسّط عليه الثمن، فلا ينبغي الإشكال في أنه يوجب انفساخ المعاملة بالنسبة إلى ذلك الجزء وتبقى المعاملة في غير الجزء التالف بحالها، غاية الأمر أنه يثبت للمشتري خيار تبعّض الصفقة، كما يحتمل ثبوته للبائع أيضاً لأنه إنما باع المجموع دون نصفه مثلاً.

وهذا الذي ذكرناه بناءً على أنّ المدرك في قاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» هو السيرة العقلائية ظاهر لا خفاء فيه، فإنّ العقلاء بعد ملاحظتهم التسليم دخيلاً في تمامية المعاملة والملكية لا يفرّقون بين تلف جميع المبيع أو بعضه.

وأمّا بناءً على أنّ مدركها الاجماع أو الخبران[1] فيشكل جريان القاعدة عند تلف الجزء الذي يتقسّط عليه الثمن، لأنّ تحقّق الاجماع عند تلف الجزء أشكل من تحقّقه عند تلف الجميع، والخبران إنما دلّا على ثبوت الانفساخ عند تلف المبيع وإطلاق المبيع على جزء المبيع لا يخلو عن تأمّل لأجل الانصراف.

وأمّا بناءً على ما ذكرناه من السيرة فلا ينبغي التأمّل في جريانها في صورة تلف الجزء كما عرفت، ومن هنا قلنا إنّ بعض أجزاء المبيع إذا ظهر مستحقاً للغير أو غير متموّل كالخمر والخنزير تصحّ المعاملة في الجزء الآخر وتبطل فيما ظهر مستحقاً

(١) المتقدّمان في الصفحة ٣٠١.

للغير أو غير متموّل ، وفي المقام أيضاً نحكم بالانفساخ في الجزء التالف وبالصحة في غيره وهذا ظاهر .

وأمّا الجزء الذي لا يتقسّط عليه الثمن فالمراد منه هو جزء ذات المبيع لا جزء المبيع بعنوان المبيع ، فإنّ جزء المبيع بوصف المبيعية يستحيل أن لا يتقسّط عليه الثمن ، فكونه جزءاً للمبيع وعدم تقسّط الثمن عليه متناقضان ، وهذا بخلاف جزء ذات المبيع ، وذلك لما أشرنا إليه في بحث الصحيح والأعم(١) من أنّ الموضوع له في مثل الإنسان والحيوان هو الأمر الثابت من أوّل وجوده إلى آخره من دون تبدّل ولا تغيّر في ذلك المسمّى مع تغيّره في ذاته ووصفه ، فزيد مثلاً اسم لما هو باقٍ من أوّل عمره إلى آخره سواء نقص شيء من أجزائه كما إذا قطعت يده أو بعض مصارينه أم بقي بحاله ، فاليد أو الرجل وإن كانا من أجزائه إلّا أنه ليس من أجزاء المسمّى بزيد كما هو ظاهر ، وعليه فيكون المبيع في المعاملة هو ذلك المسمّى بزيد أو بالمبارك من دون ملاحظة كل جزء من أجزائه في البيع بأن يقوّم رأسه بقيمة ويده بقيمة أُخرى ، وفي مثله إذا حصل نقص في بعض أجزاء ذاته كاليد أو الرجل ونحوهما فهو من الأجزاء التي لا يتقسّط عليها الثمن ، فتلف مثل هذه الأجزاء لا يوجب الانفساخ لأنّها غير مقابلة بالمال حتى تنفسخ المعاملة بازائها ، وإذا حدث تلف شيء منها قبل العقد أو بعده وقبل القبض ، فكونها مضمونة على البائع ليس بمعنى الانفساخ بل هو بمعنى آخر كما سنبيّنه في تخلّف الأوصاف وتلفها قبل القبض .

وأمّا تلف الأوصاف قبل قبض المبيع فقد ظهر ممّا أشرنا إليه آنفاً أنه لا يوجب الانفساخ لعدم مقابلتها بالمال ، ولكنّها كالأجزاء غير المقابلة بالمال يوجب تعيّب المبيع ، فهل يكون العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض كالعيب الموجود قبل

---

(١) محاضرات في أُصول الفقه ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٣) : ١٨١ ـ ١٨٢ .

العقد في كونه مضموناً على البائع واستلزامه الخيار بين الرد والفسخ وثبوت الأرش ، أو أنه لا يوجب شيئاً من الخيار والأرش لاختصاصهما بالعيب الذي حدث قبل المعاملة ، أو هناك تفصيل بين الردّ والأرش والردّ ثابت دون الأرش أو الأرش ثابت دون الردّ ؟ وجوه ومحتملات .

فيمكن أن يقال بعدم ثبوت شيء من الأرش والردّ .

أمّا عدم ثبوت الأرش فلأجل أنّ الأرش غرامة شرعية وقد ثبت على خلاف القاعدة فيما إذا حدث العيب قبل المعاملة ، ومن هنا قلنا بعدم تعيّنه في خصوص الثمن لأنه غرامة ، بل لا يثبت إلّا بعد المطالبة ، وما هذا شأنه يحتاج ثبوته إلى دليل ولا دليل على ثبوته في نقص الجزء أو الوصف بعد العقد وقبل القبض .

وأمّا الردّ فلأنه إنما ثبت في تعيّب المبيع قبل العقد وجريانه في تعيّبه بعد العقد وفي ملك المشتري يتوقّف على دليل ، هذا .

وقد استدلّ على ثبوت الردّ في المقام بوجهين كلاهما ضعيفان :

أحدهما : أنّ المبيع بمجموعه إذا كان مضموناً على البائع قبل قبضه فجميع أجزائه وأوصافه أيضاً مضمون عليه قبل قبضه .

وهذا الاستدلال قياس محض ، فإنّ ضمان المجموع كما عرفت بمعنى الانفساخ وهو لا يأتي في تلف الجزء أو الوصف غير المتقابلين بالمال ، فإنّ الانفساخ إنما يعقل في المبادلة ولا مبادلة في مثلهما ، وثبوت الضمان فيهما بمعنى آخر يحتاج إلى دليل فهذا الوجه ساقط .

وثانيهما : قاعدة لا ضرر فإنّ الردّ لو لم يثبت للمشتري في المقام أي فيما إذا تلف الجزء أو الوصف بعد العقد ولم يتمكّن من ردّه يتضرّر لا محالة ، وبهذا استدلّ

العلّامة (قدّس سرّه)[١] على ثبوت الأرش للمشتري ، إذ ربما يتعلّق غرضه الشخصي بابقاء العين فيكون ردّه موجباً لضرره ، وهذا بخلاف ما لو أبقاه مع مطالبة الأرش .

وهذا الاستدلال في كل من الردّ والأرش عجيب ، فإنّ النقص قد ورد على ملك المشتري في يد البائع وهي يد أمانية فبأيّ وجه يصح إرجاعه إلى البائع لأنه أيضاً يتضرّر بردّ المعيوب إليه أو بأخذ الأرش منه ، وإلّا فلو تم ذلك فما الفارق بين حدوثه قبل القبض وبعده لأنه ضرري في كليهما على المشتري ، ولا بين مطالبة البائع أو غيره من المسلمين ، ولماذا لا يجوز له الرجوع إذا حدث بعد القبض ، ولا إلى غيره من المسلمين كأخذه الأرش من بيت المال ، فهذا الوجه ساقط أيضاً .

نعم هناك وجه آخر يتمكّن من إثبات خصوص الردّ به ، وهو أنّ ظاهر التزام البائع بتسليم العين إلى المشتري في ضمن المعاملة هو تسليمها على ما كانت عليه حين المعاملة من الأجزاء والأوصاف ، وإذا لم يسلّمها إليه أصلاً لتعذّره أو لاختياره ، أو سلّمها ولكن لا على ما كانت عليه فثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط ، وبه يتمكّن من الردّ كما هو الحال عند تعذّر التسليم ، هذا كلّه فيما إذا كان التلف بآفة سماوية .

وأمّا إذا حدث باتلاف متلف ، فإن كان المتلف هو البائع أو الأجنبي ، فيثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط أيضاً ، لأنه أي المبيع لم يصل إليه بما كان عليه من الأوصاف والأجزاء حين المعاملة ، بل يثبت له أمر زائد أيضاً وهو تخيّره بين فسخ العقد ورجوعه بثمنه ، وبين إمضائه ومطالبة كل من البائع أو الأجنبي بقيمة التالف لأنه ملكه وقد عيّبه الآخر ، فإن رجع إلى البائع وكان المتلف هو الأجنبي فللبائع أن يرجع إلى الأجنبي بما غرمه للمشتري ، وأمّا إذا كان المتلف هو المشتري فبما أنّ عدم

---

(١) مختلف الشيعة ٥ : ٢٠٩ .

وصول العين إليه على ما كانت عليه من الأوصاف مستند إلى نفسه فلا يـثبت له شيء من الردّ ولا المطالبة بشيء.

هذا تمام الكلام في القبض وبه تمّت دورة بحث المكاسب
والحمد لله أوّلاً وآخراً
وقد وقع ذلك يوم الاثنين
بعد مضي ستة وعشرين يوماً من شهر ربيع الأول
من شهور سنة ألف وثلاثمائة وسبعة وسبعين من الهجرة النبوية
على مهاجرها السلام تحت القبّة العلوية
أعني المدرسة الكبرى للتشيّع
النجف الأشرف في زاوية المدرسة الخليلية الكبرى

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الخيارات ـ ٣

الفهارس العامّة

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة / ٢

سورة النساء / ٤

سورة المائدة / ٥

سورة الأنفال / ٨

سورة التوبة / ٩

سورة يونس / ١٠

سورة هود / ١١

سورة يوسف / ١٢

سورة الرعد / ١٣

سورة إبراهيم / ١٤

سورة النحل / ١٦

سورة الإسراء / ١٧

سورة مريم / ١٩

سورة طه / ٢٠

سورة الأنبياء / ٢١

سورة الحجّ / ٢٢

سورة المؤمنون / ٢٣

سورة النور / ٢٤

سورة الفرقان / ٢٥

سورة الشعراء / ٢٦

سورة النمل / ٢٧

سورة القصص / ٢٨

سورة الروم / ٣٠

سورة لقمان / ٣١

سورة الأحزاب / ٣٣

سورة سبأ / ٣٤

سورة الصافات / ٣٧

سورة الشورى / ٤٢

سورة محمّد / ٤٧

سورة الحجرات / ٤٩

سورة النجم / ٥٣

سورة الرحمن / ٥٥

سورة الحشر / ٥٩

سورة الصفّ / ٦١

سورة المنافقون / ٦٣

سورة الحاقّة / ٦٩

سورة الجنّ / ٧٢

سورة المدّثر / ٧٤

سورة الإنسان / ٧٦

سورة المطفّفين / ٨٣

سورة الشرح / ٩٤

سورة الهمزة / ١٠٤

فهرس الأحاديث

«أ»

« ج »

« ح »

« ذ »

« ر »

« ش »

« ص »

« ض »

« ط »

« ع »

« غ »

« ف »

« ق »

« ك »

« ل »

« م »

« ي »

أهمّ مصادر التحقيق

ـ الأمالي

للشيخ الصدوق / منشورات الأعلمي بيروت

ـ أجود التقريرات

المحقّق النائيني / مؤسّسة صاحب الأمر (عج) قم

ـ بحار الأنوار

العلّامة المجلسي / دار إحياء التراث العربي

ـ البيان في تفسير القرآن

الإمام الخوئي / مؤسّسة إحياء آثار الإمام الخوئي

ـ تذكرة الفقهاء

العلّامة الحلّي / مؤسّسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث قم

ـ تفسير العياشي

أبي منصور محمّد بن مسعود بن عياش السمرقندي / المكتبة العلمية الإسلامية

ـ تمهيد القواعد

الشهيد الثاني / مكتب الإعلام الإسلامي قم

ـ جامع الشتات

الميرزا أبي القاسم بن الحسن الجيلاني القمّي / الطبعة الحيدرية

ـ جواهر الكلام

الشيخ محمّد حسن النجفي / دار إحياء التراث العربي بيروت

ـ جامع المقاصد

المحقّق الثاني / تحقيق ونشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث / قم

ـ حاشية المكاسب

السيّد كاظم الطباطبائي / الطبعة الحجرية

ـ حاشية المكاسب

المحقّق الاصفهاني / دار المصطفى لإحياء التراث

ـ حاشية المكاسب

المحقّق الايرواني / دار ذوي القربى

ـ الحدائق الناضرة

الشيخ يوسف البحراني / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ ذكرى الشيعة

الشهيد الأوّل / نشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم

ـ رياض المسائل

السيّد علي الطباطبائي / تحقيق ونشر مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ السرائر

الشيخ الفقيه أبي جعفر محمّد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ سنن النسائي

أحمد بن شعيب / دار الفكر

ـ شرائع الإسلام

المحقّق الحلّي / نشر مؤسّسة المعارف الإسلامية

ـ صحيح مسلم

دار إحياء التراث العربي

ـ عوائد الأيّام

أحمد بن محمّد مهدي النراقي / مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية

ـ العروة الوثقى

للسيّد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي / مع حاشية السيّد الخوئي ﷺ تحقيق ونشر مدينة العلم قم

ـ فرائد الأُصول

الشيخ مرتضى الأنصاري / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ فوائد الأُصول

الشيخ محمّد علي الكاظمي الخراساني / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ قواعد الأحكام

جمال الدين الحسن بن يوسف المطهّر العلّامة الحلّي / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ الكافي

الشيخ أبي جعفر محمّد بن يعقوب الكليني الرازي / دار الكتب الإسلامية

ـ كفاية الأُصول

الشيخ محمّد كاظم الخراساني / نشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم

ـ مستند الشيعة

النراقي / تحقيق ونشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم

ـ **مسالك الافهام**

الشيخ الفياض محاضرات في أُصول الفقه / مؤسّسة إحياء آثار الإمام الخوئي ﷺ

ـ **مستدرك الوسائل**

ميرزا حسين المحدّث النوري / مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم

ـ **مصباح الأُصول**

السيّد محمّد سرور الواعظ ؟؟؟ / مؤسّسة إحياء آثار الإمام الخوئي ﷺ

ـ **مسند أحمد**

أحمد بن محمّد حنبل أبي عبدالله الشيباني / نشر دار إحياء التراث العربي

ـ **معالم الأُصول**

جمال الدين حسن بن زين الدين / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ **معجم رجال الحديث**

الإمام الخوئي / طبعة طهران

ـ **منية الطالب**

الشيخ موسى بن محمّد النجفي الخونساري / مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ **مفتاح الكرامة**

العاملي / مؤسّسة فقه الشيعة

ـ **المكاسب**

الشيخ مرتضى الأنصاي / مجمع الفكر الإسلامي / لجنة تحقيق التراث

ـ **مختلف الشيعة**

العلّامة الحلّي / مكتب الإعلام الإسلامي قم

ـ مدارك الأحكام

العاملي / تحقيق ونشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم

ـ مجمع الفائدة والبرهان

الأردبيلي / تحقيق ونشر مؤسّسة النشر الإسلامي

ـ وسائل الشيعة

العاملي / تحقيق ونشر مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث قم